



Vereniging voor Gezondheidsrecht

Op weg naar 10 jaar nieuw zorgstelsel

Terug- en vooruitblik

P R E A D V I E S 2 0 1 5

Prof. mr. E. Steyger

Mr. drs. J.J. Rijken

Mr. dr. M.F. Vermaat

Mr. dr. E. Plomp

Mr. T.A.M. van den Ende

OP WEG NAAR 10 JAAR NIEUW ZORGSTELSEL
TERUG- EN VOORUITBLIK

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

**OP WEG NAAR 10 JAAR NIEUW ZORGSTELSEL
TERUG- EN VOORUITBLIK**

Inleiding

PROF. MR. J.G. SIJMONS

Deel 1 Het zorgstelsel in Europeesrechtelijk perspectief

PROF. MR. E. STEYGER

*Deel 2 Concurrentie tussen zorgaanbieders:
de klant is koning, maar wie is de klant?*

MR. DRS. J.J. RIJKEN

*Deel 3 Vertrouwen komt te voet.
Over de ambities van de Wmo 2015*

MR. DR. M.F. VERMAAT

Deel 4 De introductie van ziekenhuizen met winstoogmerk

MR. DR. E. PLOMP

*Deel 5 Zorgfraude: van handhaving en hoe systemen
hun eigen ongelukken genereren*

MR. T.A.M. VAN DEN ENDE

Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht,
jaarvergadering 24 april 2015

Sdu Uitgevers
Den Haag, 2015

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice

Postbus 20014

2500 EA Den Haag

tel.: 070 - 37 89 880

e-mail: sdu@sdu.nl

www.sdu.nl/klantenservice

© Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2015

ISBN 978 90 12 39544 1

NUR 822

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

WOORD VOORAF

In een poging de zorgkosten te beheersen en het zorgaanbod beter af te stemmen op de behoeften van de patiënt is tien jaar geleden besloten ons zorgstelsel ingrijpend te veranderen. Deze omslag ging gepaard met de invoering van een reeks wetten, waaronder de Zorgverzekeringswet, de Wet toelating zorginstellingen en de Wet marktordening gezondheidszorg. In de daarop volgende jaren volgden meer nieuwe wetten, onder meer de Wet maatschappelijke ondersteuning, de Wet uitbreiding bestuurlijke handhaving volksgezondheidswetgeving, de Wet normering topinkomens en, zeer onlangs, de Wet langdurige zorg. De stelselherziening ging ook gepaard met de oprichting van organisaties als de Nederlandse Zorgautoriteit, en het toekennen van meer taken en bevoegdheden aan onder andere gemeenten en de Inspectie voor de Gezondheidszorg. En wie had er tien jaar geleden gehoord van bloemrijke termen als ‘gereguleerde marktwerking’, ‘integrale bekostiging’, ‘verticale integratie’, ‘zorginkoopmarkt’, ‘keukentafelgesprekken’ en ‘zorgfraude’? Kortom, er is veel gebeurd.

Het naderende tienjarig jubileum van het nieuwe zorgstelsel vormde voor het bestuur van de Vereniging voor Gezondheidsrecht aanleiding terug te blikken op alle veranderingen en te kijken of de hieraan ten grondslag liggende doelstellingen zijn bereikt. Voor gezondheidsjuristen interessante kost. De wijze waarop ons stelsel functioneert raakt immers aan elementaire gezondheidsrechtelijke thema’s, zoals de toegankelijkheid en kwaliteit van de zorg, de rechten van de patiënt en de onderlinge solidariteit.

Het vormgeven van zo’n preadvies bleek geen eenvoudige opgave. Ons zorgstelsel is afgelopen jaren immers in heel veel opzichten veranderd – en nog steeds aan wijziging onderhevig. En als we al denken dat zaken zijn geregeld, dan blijkt de rechter daar soms anders over te oordelen,¹ ontbreekt een politieke meerderheid voor de goedkeuring van een wetsvoorstel² of blijkt opeens dat sommige premissen niet overeenkomen met de praktijk.³

Gegeven deze situatie heeft het bestuur gekozen voor een ietwat onorthodoxe opzet van dit preadvies: in plaats van te streven naar een of twee alomvattende adviezen aan de jaarvergadering, hebben we dit jaar een preadvies waarin een aantal aspecten van de wijziging van ons nieuwe zorgstelsel tegen het licht wordt gehouden. Voor de uiteenlopende delen van dit preadvies hebben we verschillende deskundigen bereid gevonden de pen ter hand te nemen.

1 HR 11 juli 2014, *GJ* 2014, 121 (m.nt. J.J. Rijken), *TvGR* 2014, 44, ECLI:NL:HR:2014:1646

2 Vergelijk de stemming van de Eerste Kamer, eind 2014, over wetsvoorstel 33 362 (Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg, inzake vrije artsenuitvoering).

3 Zie bijv. M. Levi & W. Bos, ‘Weinig keuzebereidheid bij patiënt’, *NTvG* 2015: 159(3): A8664.

Steyger doet de spreekwoordelijke aftrap door de ontwikkelingen in het stelsel te toetsen aan het Europees recht, meer in het bijzonder de regels inzake het vrij verkeer van personen en diensten en het mededingingsrecht. Aansluitend onderzoekt Rijken wie in ons meer op concurrentie gestoelde stelsel eigenlijk de afnemer is van de zorgaanbieder: de patiënt of de zorgverzekeraar? Vervolgens onderzoekt Vermaat de doelstelling van de onlangs herziene Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo 2015), de wijze waarop een vraag om maatschappelijke ondersteuning wordt beoordeeld en de privacy hierbij is geborgd. Plomp staat stil bij de gevolgen en risico's van het toelaten van ziekenhuizen met winstoogmerk, en de publiek- en privaatrechtelijke mogelijkheden tot mitigeren van die gevaren. Tot slot gaat Van den Ende in op het actuele thema fraude in de zorg. Vragen die in haar deel van het preadvies de revue passeren zijn onder andere: wat moeten we eigenlijk onder fraude verstaan, welke vormen van 'verkeerd declareren' zijn veeleer het gevolg van de complexiteit van systemen dan kwade opzet, en wat is bij dit alles de beste inzet van handhavingsinstrumenten?

Deze vijf delen van het preadvies worden voorafgegaan door een inleiding van Sijmons. Daarin schetst hij de belangrijkste gebeurtenissen en ontwikkelingen van afgelopen 10 jaar. Deze inleiding vormt daarmee een opstap naar de daaropvolgende verdiepende delen.

Het bestuur heeft geenszins de illusie dat we met dit preadvies de discussie over de stelselherziening kunnen afsluiten. Dat ligt alles behalve aan de kwaliteit van de delen die tezamen het preadvies vormen. De simpele reden is dat het stelsel nog niet af is, voor zover ons zorgstelsel ooit het stadium kan bereiken dat verdere wijzigingen niet meer aan de orde zijn. Niettemin zijn we er als bestuur van overtuigd dat dit preadvies voldoende inspiratie oplevert voor een rijke gedachteswisseling op de jaarvergadering.

Namens het bestuur wens ik u veel leesplezier en wij verheugen ons er op u op 24 april 2015 in Driebergen te zien.

Aart Hendriks
voorzitter

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf	5
Afkortingenlijst	11
Inleiding	13
<i>Prof. mr. J.G. Sijmons</i>	
Vooraf	13
1 Stelselwijziging 2006-2015	14
1.1 Stelsel en zorgwetgeving	14
1.2 Waarom ook al weer?	16
1.3 Herbezinning marktwerkingsoperatie halverwege	17
1.4 Nieuwe oplossing: bestuurlijke convenanten	18
1.5 Open vragen: 'Van systemen naar mensen'	19
2 De voorwaarden van het stelsel in ontwikkeling	20
2.1 Kwaliteitsregulering	20
2.2 Prijsregulering en kostenbeheersing	22
2.2.1 Prestatiebekostiging: afbouw FB naar vrije prijzen en ZZP-en	22
2.2.2 Nieuwe budgettering: aanneemsommen en honorariumbudgetten	23
2.2.3 Macrokortingen (macrobeheersingsinstrument) en beschikbaarheidsbijdragen	23
2.2.4 Inkomensbeleid en Wet normering topinkomens	24
2.3 Zorgverzekering en decentralisatie AWBZ	24
2.4 Informatie	25
2.5 Toezicht door de NZa, ACM en IGZ	27
3 Het stelsel op de proef gesteld	28
3.1 Zorgverzekeraars op de markt	28
3.2 Gemeenten met nieuwe taken	28
3.3 Winstuitkeringen in de zorg	28
3.4 Fraude in de zorg	29
3.5 Het zorgstelsel en 'Europa'	29
3.6 Tot slot	30
Deel 1 Het zorgstelsel in Europeesrechtelijk perspectief	31
<i>Prof. mr. E. Steyger</i>	
1 Inleiding	33
2 De interne markt en het Europees burgerschap	35
2.1 Grensoverschrijdend patiëntenverkeer	35
2.2 Verticale integratie	41

2.3	Onwillige verzekerden	44
2.4	Het ontmantelen van de Awbz en de voorzieningen in de Wmo	50
3	Tussenconclusie ten aanzien van het vrij verkeer	53
4	Mededinging	54
4.1	Zorg is anders: het Nederlandse stelsel en het EU-recht	56
5	Staatssteun: zorgaanbieders en zorgverzekeraars	61
6	De Unie en de nationale systemen	65
7	Slotopmerkingen	65

Deel 2 Concurrentie tussen zorgaanbieders: de klant is koning, maar wie is de klant? 67

Mr. drs. J.J. Rijken

1	Inleiding	69
2	Concurrentie en wetgeving	71
2.1	Concurrentie en verzekeringsmodellen	71
2.2	Ziekenfondswet	73
2.3	Zorgverzekeringswet	75
2.4	Regerakkoord Rutte-II	78
2.5	Wetsvoorstel 33 362	78
2.6	Beschouwing	81
3	Stand van zaken zorgverzekering en zorginkoop	85
3.1	Inleiding	85
3.2	Zorgverzekeringsmarkt	85
3.3	Zorginkoopmarkten	86
3.4	Beschouwing	88
4	Concurrentie en de ACM	89
4.1	Inleiding	89
4.2	De Friesland-Achmea	91
4.3	November 2012-besluiten	92
4.4	West-Brabantse ziekenhuizen	94
4.5	Beschouwing	96
5	Evaluatie	100

Deel 3 Vertrouwen komt te voet. Over de ambities van de Wmo 2015 105

Mr. dr. M.F. Vermaat

1	Inleiding	107
2	Wat aan de Wmo 2015 vooraf ging	108

3	Wmo 2015	110
4	Omslag in benadering?	112
4.1	Van Kanteling naar melding en gesprek	113
4.2	De Kanteling en de wetenschap	115
4.3	De Kanteling: Het Keukentafelgesprek	117
4.4	Samenvattend	118
5	Punten van aandacht	118
6	Afrondend	127

Deel 4 De introductie van ziekenhuizen met winstoogmerk 129

Mr. dr. E. Plomp

1	Inleiding	131
2	Mogelijke toekomstige ontwikkelingen	132
2.1	Gevolgen van strategisch gedrag	132
2.2	Gevolgen voor de structuur van de curatieve zorg	135
3	Enkele observaties met betrekking tot de publiekrechtelijke wetgeving	137
3.1	Wet winstuitkering	138
3.2	Waarborgen tegen ongewenst strategisch gedrag	140
3.3	Waarborgen tegen ongewenste gevolgen voor de structuur van de curatieve zorg	142
4	Tussenbalans en nadere reflectie	147
5	De zorgonderneming vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief	151
5.1	Verhoudingen en belangen binnen de zorgonderneming	151
5.2	Vennootschappelijk belang	153
5.3	Redelijkheid en billijkheid	156
5.4	Behoorlijke taakvervulling	157
6	Civielrechtelijke zorgplichten van de zorgonderneming	162
7	Beschouwing en conclusie	165

Deel 5 Zorgfraude: van handhaving en hoe systemen hun eigen ongelukken genereren 169

Mr. T.A.M. van den Ende

1	Inleiding	171
2.	WTG en fraude	174
2.1	Historie	174
2.2	Kern WTG	176
2.3	Rechtsgevolg in strijd handelen met de WTG (en WMG)	177
2.4	Toezicht en opsporing WTG	181

INHOUDSOPGAVE

2.5	Declaratiegedrag in de zorgsector onder de WTG	184
3	De WMG en fraude	189
3.1	Historie	189
3.2	Kern WMG	191
3.3	Handhaving	192
3.4	Boete als middel	196
3.5	Handhaving in de praktijk	201
4	Fraude of een moeilijk systeem?	204
5	Balans opmaken	207
 Lijst van beschikbare preadviezen		 209

Afkortingenlijst

AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
ACM	Autoriteit Consument & Markt
Amvb	Algemene maatregel van bestuur
Awb	Algemene wet bestuursrecht
AWBZ	Algemene wet bijzondere ziektekosten
BIG	Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg
BKZ	Budgettair Kader Zorg
BOPZ	Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen
BW	Burgerlijk Wetboek
CBb	College van Beroep voor het Bedrijfsleven
Cbz	College bouw ziekenhuisvoorzieningen
CTG	College tarieven gezondheidszorg
DBC	Diagnose behandeling combinatie
DOT	DBC's op weg naar transparantie
EC	Europese Commissie
EK	Eerste Kamer
EMU	Europese Monetaire Unie
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de rechten van de mens
GGz	geestelijke gezondheidszorg
Gj	Gezondheidszorg jurisprudentie
Gw	Grondwet
HR	Hoge Raad
HSMR	Hospital standardized mortality rate
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IGZ	Inspectie voor de gezondheidszorg
Kwz	Kwaliteitswet zorginstellingen
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NMa	Nederlandse mededingingsautoriteit

AFKORTINGENLIJST

OK	Ondernemingskamer
PbEG	Publicatieblad Europese Gemeenschappen
Rb	Arrondissementsrechtbank
Rv	(Wetboek van) Rechtsvordering
RvZ	Raad voor de Volksgezondheid en Zorg
RZA	Rechtspraak zorgverzekering
SER	Sociaal Economische Raad
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
Sr	(Wetboek van) Strafrecht
TK	Tweede Kamer
TvGr	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
VIM	Veilig incidenten melden
VMS	Veiligheidsmanagementsysteem
VWEU	Verdrag Werking Europese Unie
VWS	Volksgezondheid, Welzijn en Sport
WBMV	Wet op bijzondere medische verrichtingen
WED	Wet economische delicten
Wlz	Wet langdurige zorg
Wkkgz	Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg
Wmg	Wet marktordening gezondheidszorg
Wmo	Wet maatschappelijke ondersteuning
WNT	Wet normering topinkomens
WTZi	Wet toelating zorginstellingen
WZV	Wet ziekenhuisvoorzieningen
Zorginstituut	Zorginstituut Nederland
Zvw	Zorgverzekeringswet
ZZP	Zorgzwaartepakket

Inleiding

Prof. mr. J.G. Sijmons*

Vooraf

Vier jaar nadat de laatste keer binnen de Vereniging voor Gezondheidsrecht het zorgstelsel onderwerp was van preadviezen, agendeert het bestuur het stelsel opnieuw. Daar is alle reden voor. De voor u liggende adviezen analyseren en becommentariëren thema's in de permanente doorontwikkeling van het zorgstelsel. Zij vormen met de eerdere adviezen een doorlopend rijgsnoer en met name de laatste grote operatie van de decentralisatie van de AWBZ en de Jeugdzorg naar de gemeenten zal nog aanleiding genoeg vormen voor nadere bespreking van het stelsel in de vereniging, als het stof enigszins is neergedwarreld.¹ Leenen hekelde bijna 20 jaar geleden het uitermate inconsistent karakter van het zorgstelsel.² De wetgeving op zoek naar de gemiste samenhang en het afdekken van de gaten is pas na de eeuwwisseling goed op gang gekomen. Het stelsel van 2006 is echter nog steeds niet gereed en wordt dat misschien ook wel nooit. Het publieke debat over de wenselijkheid van het huidige stelsel haalt weer geregeld de kolommen van de dagbladen. Moeten we niet terug naar een publiek stelsel van zorg, zoals onder de werking van regionale ziekenfondsen, of zelfs naar een geheel publiek stelsel zoals in het Verenigd Koninkrijk?³ Dergelijke geluiden waren lange tijd na de stelselwijziging niet aan de orde.⁴ De regering zelf vond in 2013 dat weliswaar met de stelselwijziging met de zorgverzekeringswet in 2006 een basis was gelegd, maar dat het daarna nog 'aankwam op het goed laten func-

* Jaap Sijmons is bijzonder hoogleraar bij de Universiteit Utrecht en advocaat bij Nysingh advocaten-notarissen te Zwolle en bestuurslid van de Vereniging voor Gezondheidsrecht.

1 Van de vorige preadviezen voor de VGR zijn te noemen: J.Ch. Cornelis & A.S. Frowijn, *De ontwikkeling van de wetgeving op het gebied van de organisatie van de gezondheidszorg* (1972), H.A. Brasz & D.W.P. Ruiten, *Het plansysteem van de Wet Voorzieningen Gezondheidszorg* (1983), H.D.C. Roscam Abbing, *Overheid en het recht op gezondheidszorg* (1984), J.P. Kasdorp, *Grenzen aan het recht op de gezondheidszorg* (1988), H.J.J. Leenen, *Recht op zorg voor de gezondheid* (1997) en J.G. Sijmons, T.A.M. van den Ende & G.R.J. de Groot, *Stelsel onder stress* (2011).

2 H.J.J. Leenen, *Recht op zorg voor de gezondheid*, preadvies Vereniging van Gezondheidsrecht, jaarvergadering 25 april 1997, p. 38-39.

3 E.J. Bomhoff, 'Maak regionale zorgverzekeraars', in *NRC Handelsblad*, 2 januari 2015 en A. van Duijvenstein en R. Van der Ploeg, 'Naar een echt publiek stelsel', *NRC Handelsblad*, d.d. 14 januari 2015.

4 Tevoren met name in het SP-manifest (I. Palm, red.), *De zorg is geen markt* (Wetenschappelijk bureau SP, 2005), dat verzamelde een aantal prominente meningen tegen de marktwerking in de zorg, maar was in dat opzicht toch een niet wijd-verbreed 'tegengeluid'.

tioneren van het stelsel⁵. Een significante uitspraak, waarmee werd gezegd dat het stelsel nog niet functioneerde zoals voorzien. Het is niet zozeer de centrale gedachte van meer marktwerking in de zorg waar omheen het politieke debat draait. De taaie weerstand van de werkelijkheid speelt zichtbaar alle actoren parten en daarom differentiëren deze preadviezen naar verschillende thema's binnen de algemene context van het stelsel. Voorafgaand aan de preadviezen wordt hier een algemeen kader geschetst van de stelselwijziging 2006 en in vogelvlucht van wat daarna aan ontwikkeling zich voordeed. Aan het slot worden de vijf preadviezen geïntroduceerd.

1 Stelselwijziging 2006-2015

1.1 Stelsel en zorgwetgeving

Wat was de stelselwijziging van 2006 in een notendop?⁶ De Nota *Vraag aan Bod*⁷ van het Kabinet Paars II markeerde de omslag in het denken ten opzichte van het oude systeem van overheidsregulering. Twee centrale noties waren: a) vraaggestuurde zorg – meer vrijheid voor de patiënt, maar vooral om te kiezen vanuit de individuele zorgbehoefte – en b) kostenbeheersing in de zorg – ter beteugeling van de van jaar tot jaar steeds maar uitdijende zorgkosten (de zogenaamde 'zorgexplosie'⁸). Door meer marktwerking in de zorg toe te staan konden twee vliegen in een klap worden geslagen: door concurrentie om de cliënt, als verzekerde en als patiënt in de cure of cliënt in de care, en de concurrentie op de zorginkoopmarkt om contracten met de zorgverzekeraars zouden de private partijen, de zorgverzekeraars en zorgaanbieders zowel meer vraaggestuurde zorg aanbieden, als tegelijkertijd daarbij zo doelmatig mogelijk te werk gaan. Maar daarvoor waren wel een paar zaken te veranderen. De oude ziekenfondsen zouden private zorgverzekeraars worden, aan wie een winstmotief zou worden toegestaan, zodat zij voldoende prikkels voelen om bij zorgaanbieders dat aanbod te contracteren dat aansluit bij de preferenties van hun verzekerden. Concurrentie op vaste prijzen werkt niet, zodat de overheid de prijzen in de zorg en voor de zorgverzekering zou moeten liberaliseren. De markt zou in het belang van marktwerking moeten worden opengesteld voor nieuwe toetreders en de transparantie van prijzen, producten en kwaliteit zou moeten worden vergroot. Health care gover-

5 Minister en staatssecretaris van VWS, brief aan de Tweede Kamer d.d. 8 februari 2013 (kenmerk: MEVA/AEB-3155166), *Van systemen naar mensen*, Rijksoverheid.nl – brieven – 8-2-2013, p. 15.

6 Voor een uitgebreide introductie van de stelselwijziging en de theorie achter de stelselwijziging, zie het preadvies van 2011, Sijmons 2011, p. 19-45.

7 *Kamerstukken II 2000/01, 27 855, nr. 2.*

8 Vgl. M. Pomp, *Een beter Nederland. De gouden eieren van de gezondheidszorg*, Amsterdam: Uitgeverij Balans 2010, p. 27 e.v.

nance en publieke verantwoording zouden ten slotte de institutionele waarden bevorderen.⁹ Met het terugtreden van de overheid op de zorgmarkten zou de zorgverzekeraar een 'regierol' krijgen, terwijl de uiteindelijke sturing en controle op het succes zou liggen bij de consumenten die 'met de voeten stemmen'¹⁰: de beste zorg via de goedkoopste verzekeraar. Hoe werden deze uitgangspunten in wetgeving vertaald?

1. De nieuwe *Zorgverzekeringswet* (2006) zorgde voor een level playing field tussen zorgverzekeraars. Het succes van het stelsel hing af van de uitvoering door de zorgverzekeraars dat zij de 'naturapolissen' aanbieden, waarvoor zij voor hun verzekerden zorg hebben te contracteren (artikel 11 lid 1 sub a ZVW). Anders zouden zij net als de oude private ziektekostenverzekeraars alleen de gedeclareerde nota's binnen de dekking behoeven te vergoeden ('restitutie') en zou hun 'regierol' oningevuld blijven. Gelukkig werd een groot deel van de zorg op naturapolis verleend, terwijl zij ook voor de restitutieverzekering overeenkomsten met de zorgaanbieders zijn gaan sluiten.¹¹ Met een bekostiging voor ongeveer de helft uit nominale premies, die de zorgverzekeraars zelf kunnen vaststellen, wordt om de verzekerden geworven op de verzekeringsmarkt.

2. De *Wet toelating zorginstellingen* (2006) verlangt dat zorginstellingen, om in het naturastelsel te contracteren met de zorgverzekeraars, een toelating (vergunning) behoeven van de Minister van VWS (artikel 5 lid 1 WTZi), doch deze vergunning wordt verleend, indien aan voorwaarden voor health care governance (hoofdstuk VI, Uitvoeringsbesluit WTZi) is voldaan, ongeacht de omvang van het zorgaanbod (vervallen van de aanbodregulering). In deze wet is verder het vergunningenregime voor zorgbouw ofwel het gebruik van gebouwde voorzieningen voor de zorg (voorheen via de *Wet ziekenhuisvoorzieningen*) ingebouwd (vergunning ex artikel 7 WTZi: toelating met bouw). Sedert 2009 is dit bouwvergunningenregime vervallen voor de gehele zorg.

3. De liberalisering van de zorgtarieven vond bij de stelselwijziging niet direct plaats. De *Wet tarieven gezondheidszorg* (Wtg) werd ingetrokken, maar de tariefregulering daaruit werd overgeheveld naar de *Wet marktordening gezondheidszorg* (2006). Daarbij is de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) ingesteld als zowel marktmeester als tariefregulator. Het hele spectrum van tariefinstrumenten van vaste tarieven tot en met vrije tarieven (artikel 50 lid 1 sub a t/m d Wmg) wordt sedertdien gehanteerd om de marktontwikkeling te 'begeleiden'.¹² De zorgautoriteit stelt beleidsregels voor de tariefregulering op onder regie en toezicht van de Minister van VWS (artikel 7 Wmg).

9 *Kamerstukken II* 2000/2001, 27 855, nr. 2, pag. 24-32.

10 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, nr. 3, p. 54, zie ook p. 7 (MvT).

11 Waardoor de facto het verschil tussen natura en restitutie vervaagde: zie De Groot 2011, p. 160-167.

12 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 51 (MvT).

4. De genoemde transparantie van de zorgmarkt en zorgverzekeringsmarkt wordt gewaarborgd door eisen die de Wmg aan de zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars stelt in artikel 38 en artikel 40 Wmg. De zorgaanbieders moeten verplicht de consumenten informeren over de tarieven en de kwaliteit van de aangeboden prestaties en diensten, de zorgverzekeraars over de premies en kwaliteit van de polissen en dienstverlening. De NZa kan regels stellen betreffende informatievoorziening met het oog op de doeltreffendheid, juistheid, inzichtelijkheid en vergelijkbaarheid daarvan. Blijven de zorgaanbieders en zorgverzekeraars in gebreke, dan kan de NZa ambtshalve zelf ingewonnen informatie openbaar maken. Aansluitend hierop is de publieke verantwoording van de zorg. Artikel 15 WTZi stelt de financiële verantwoording na jaarverslaggeving verplicht.¹³ Een kwaliteitsverslaglegging is verplicht op grond van artikel 5 lid 3 Kwaliteitswet zorginstellingen.

1.2 *Waarom ook al weer?*

Deze herinrichting is niet geboren uit regelzucht, maar uit de overtuiging, dat de overheid faalde om de zorg verder te optimaliseren in het licht van de uitdaging van de beheersing van de kosten en de demografische groei (grotere verwachte zorgvraag, geen groeiend aanbod op de arbeidsmarkt). Omwille van de kosten en de beschikbare menskracht moest de zorg doelmatiger worden. De grondwettelijke verantwoordelijkheid voor de zorg ("De overheid treft maatregelen ter bevordering van de volksgezondheid", aldus artikel 22, eerste lid, Grondwet), had enerzijds in de jaren zestig geleid tot een wettelijke ziektekostenverzekering (Ziekenfondswet en AWBZ) en anderzijds – om de daardoor opgeroepen kostenstijging te beheersen – een systeem van aanbodplanning (Wet ziekenhuisvoorzieningen) in combinatie met strikte tariefregulering (Wet tarieven gezondheidszorg). Dit systeem werd in de 80-er en 90-er jaren als verstikkend ervaren. Deze centrale aanbodregulering en financiering zorgden voor een geringe vraaggerichtheid van het zorgaanbod, gebrek aan ondernemerschap en vernieuwing in de zorg, geringe doelmatigheid en tenslotte een voor de patiënt of cliënt ondoorzichtig zorgaanbod. Het is goed te bedenken, dat de gemakkelijke oplossingen met een beroep op de overheid en het collectief tegen een hoge prijs al waren uitgeprobeerd. Er lijkt geen weg terug.

13 Zie de Regeling verslaggeving WTZi, 13 december 2005, *Stcrt.* 21 december 2005, nr. 248.

1.3 Herbezinning marktwerkingsoperatie halverwege

De eerste evaluaties waren voorzichtig positief.¹⁴ Niettemin was de regering zelf voorzichtig en de marktwerking in de zorg werd al spoedig geëvalueerd tegen de achtergrond van de privatisering en publieke inzet van meer marktwerking überhaupt. De minister van EZ liet onderzoek doen naar de effecten van het gevoerde marktwerkingsbeleid met inbegrip van de zorg.¹⁵ Hoewel de uitkomsten positief waren¹⁶, volgde een adviesaanvraag aan de SER. De SER benaderde het marktorderingsbeleid van de overheid zuiver instrumenteel. Te veel of te weinig overheidsinterventie in de marktwerking heeft steeds ongewenste gevolgen in termen van rechtvaardigheid, doelmatigheid of ethische normativiteit. Alles moet daarom maatwerk zijn op basis van een effecten- en risicoanalyse (een maatschappelijke kosten-batenanalyse: MKBA¹⁷) vooraf, zoals de Europese Commissie ook hanteert ('Impact Assessment'¹⁸).¹⁹ Eenvoudig is dat allerm minst, met name omdat de analyse en het object van analyse in de beleidsmatige uitwerking van de stelselwijziging volstrekt door elkaar zijn gaan lopen. Zijn de hindernissen effecten van nijdend oud beleid of de structuurkenmerken van de typische zorgmarkt? Als de ontwikkeling niet oplevert hetgeen het beleid verwachtte, wordt zwaarder geschut ingezet, eerder dan de analyse teruggenomen. Om uit de impasse van deze tegenstelling te komen en om succes te kunnen laten zien op de hoofddoelstellingen ongeacht de 'automatische' werking van de wetgeving, heeft de minister van VWS voor het slagen van de stelselwijziging daarom gegrepen naar het middel van de bestuurlijke convenanten.

-
- 14 W.P.M.M. van de Ven & F.T. Schut e.a., *Evaluatie Zorgverzekeringswet en Wet op de Zorgtoeslag*, Programma evaluatie regelgeving deel 27, Den Haag: ZonMw september 2009 en R.D. Friele e.a., *Evaluatie wet marktordening gezondheidszorg*, Programma evaluatie regelgeving deel 28, Den Haag: ZonMw september 2009.
- 15 E. van Damme & M.P. Schinkel, 'Marktwerking en borging van publieke belangen', in: E. van Damme & M.P. Schinkel (red.) *Marktwerking en Publieke Belangen Preadviezen van de Koninklijke Vereniging voor de Staatshuishoudkunde 2009*, Amsterdam 2009, p. 1 t/m 21.
- 16 *Kamerstukken II 2007/08*, 24 036, nr. 343.
- 17 B. Baarsma & J. Theeuwes, 'Publiek belang en marktwerking: argumenten voor een welvaartseconomische aanpak', in E. van Damme en M.P. Schinkel, (red.) 2009., p. 45-46 over de maatschappelijke kosten-batenanalyse van overheidsingrijpen ('MKBA').
- 18 Zie de webstite met documenten voorbeelden van uitgevoerde IA's: http://ec.europa.eu/governance/impact/commission_guidelines/commission_guidelines_en.htm
- 19 SER advies 10/01, *Overheid én Markt: Het resultaat telt!*, 2010, p. 175-200.

1.4 Nieuwe oplossing: Bestuurlijke convenanten

Waar de gewijzigde regelgeving het tempo van de stelselwijziging niet goed weet af te dwingen, bieden afspraken van de minister met het veld (ZN, BoZ, NVZ, NFU, OMS, GGZ-NL, LHV, ActiZ, V&VN, NVvP, NIP, NTVZ etc.) soelaas. In de afgelopen jaren zijn er hoofdlijnenakkoorden gesloten voor de medisch specialistische zorg (medisch specialisten, ZBC's en ziekenhuizen), huisartsenzorg en geestelijke gezondheidszorg (GGZ) met het doel bij te dragen aan de beheersbaarheid en inhoudelijke verbetering van het zorgstelsel, en aan een effectieve en efficiënte zorg voor patiënten. Een eerste ronde van convenanten in 2011 werd gevolgd door het verlengen van deze akkoorden met de branches vanaf 2013, de zorgakkoorden 2014-2017²⁰ met afspraken over volume, kwaliteit, doelmatigheid en zelfs draagvlak voor de wijziging van artikel 13 Zvw.²¹ Deze akkoorden illustreren een nieuwe fase van het stelsel, waarin het instrument van de regelgeving niet alleen voor de regering, maar ook voor de partijen in het veld instrumenteel wordt voor het bereiden van beleidsmatige doelstellingen vanuit de branche. Het gedrag op individueel niveau leidt niet vanzelfsprekend – met Adam Smith's *invisible hand* – tot de gewenste uitkomsten, maar op brancheniveau is een overstijgende gedeelde visie mogelijk die de zorg evenzeer stuurt als de regelgeving. Door de participatie van het veld in het beleidsakkoord wordt als het ware door de betrokkenen de maatschappelijke kosten-batenanalyse uitgevoerd en verzekert de overheid zich van de haalbaarheid van de doelstellingen in het akkoord.

Het veld neemt derhalve – voorlopig in ieder geval bestuurlijk – een eigen verantwoordelijkheid voor het op tempo omvormen van de zorg richting een kwalitatief betere, doelmatige en betaalbare zorg met herstructureringen en het monitoren van het totaalvolume aan zorguitgaven. Passieve acceptatie van de nieuwe regelgeving is niet meer genoeg. Een actieve vereenzelviging met de doelstellingen van de wetgever is voorwaarde voor een verdere succesvolle uitwerking van het in 2006 gewijzigde stelsel. Zonder deze *push* uit de sector zelf werkt het waarschijnlijk toch niet. Omzet vergroten in plaats van substitueren, reputatiemanagement in plaats van transparantie, oude investeringen uitnutten in plaats van innoveren, het weren van concurrentie als strategisch gedrag is ook allemaal marktwerking. Het internaliseren van de doelstellingen van de stelselwijziging is daarom voor haar welslagen onontbeerlijk. De zorgaanbieders menen overigens

20 Bestuurlijk akkoord medisch specialistische zorg 2014-2017 (VWS-NVZ-NFU-NZK-ZN), Bestuurlijk akkoord geestelijke gezondheidszorg 2014-2017 (VWS-ZN-GGzNL-NVvP, NIP) en Zorgakkoord eerstelijns 2014-2017 (VWS-ZN-LHV-LOK-LVG-VHN).

21 Zoals de minister in de TK tijdens het Algemene Overleg van 21 januari 2015 naar aanleiding van de petitie tegen de wijziging van artikel 13 Zvw in december 2014 opmerkte, dat GGzNL wat haar betreft het bestuurlijk akkoord had opgezegd.

dat voor het welslagen van de doelstellingen van de verhoging van de kwaliteit, efficiency en doelmatigheid het soms beter is om de marktwerking niet op de spits te drijven, even buiten te sluiten en liever lange termijncontracten met een *frozen period* met zorgverzekeraars overeen te komen, dan permanent in een jaarlijks zorginkoopproces te moeten scoren (ten koste van een lange termijn strategie).²²

De regering heeft verder zelfregulering op het gebied van governance en kwaliteit actief bevorderd, zoals de *Zorgbrede Governancecode*, die door de brancheorganisaties in de zorg (verenigd in de BoZ) in 2007 tot stand kwam en in 2010 werd hernieuwd, en als het convenant uit 2008 ter invoering VMS (veiligheidsmanagementsysteem in ziekenhuizen) met als doelstelling de vermijdbare schade in ziekenhuizen met 50% terug te dringen²³ en het *Convenant veilige toepassing van medische technologie in het ziekenhuis* (NVZ, NFU en RN, 2011). De druk is wel, dat als het veld niet zijn normen stelt en problemen oplost, de overheid ingrijpt.

1.5 Open vragen: 'Van systemen naar mensen'

Dat de stelselwijziging niet zonder de zorgaanbieders kan slagen is één kant, dat het stelsel uiteindelijk gericht was op de patiënt/cliënt en diens zorgbehoeften moet dienen, is de andere kant die de bewindspersonen adresseerden in de genoemde nota *Van systemen naar mensen* uit 2013.²⁴ De nota moest 'een omslag maken van het denken in systemen naar het denken in mensen'. De geïnstitutionaliseerde zorg moet worden gedifferentieerd en de menselijke maat moet terug in de zorg. Meer kwaliteit met behoud van solidariteit (door de kosten beheersbaar te houden) door de zorg 'slimmer te organiseren'. Dat is de agenda van de bewindslieden bij de verdere ontwikkeling van het stelsel. Onderdelen daarvan zijn – naast het onvermijdelijke verbeteren van de zorg en het stelsel – het centraal zetten van de zelfredzaamheid van mensen, kijken naar wat mensen zelf kunnen voordat een beroep gedaan wordt op de zorg, onder andere door e-health ('nuldelijns' zorg), zelfmanagement (bij chronische aandoeningen) en preventie. Bij e-health is te denken aan zelfzorg, gegevensuitwisseling met de zorg vanuit huis en e-consult.²⁵ ICT en e-health hebben tegelijkertijd ook een belangrijke rol in het opvangen van een stijgende zorgvraag zonder dat extra geld en personeel nodig is. Voor de care is het vertrouwen op het eigen netwerk (mantelzorg), maatwerk en meer zorg in de eigen omgeving weer uitgangspunt (zoals dat lang voordat de AWBZ alle mantelzorg in de financiering absorbeerde het geval was). Hierin past ook het overhevelen van de ondersteuning (thuiszorg) naar de gemeenten, versterking van de functie van de wijkverpleegkundige, het voorkomen van

22 Vgl. het standpunt van de NVZ n.a.v. het BDO rapport zorgcontractering, augustus 2014 (www.nvz.nl).

23 Zie www.vmszorg.nl.

24 Zie noot 5.

25 Zie de Nationale agenda implementatie eHealth, KNMG, NPCF, ZN, juni 2012.

opname in intramuraal setting door mensen langer thuis te laten wonen met eigen regie over hun leven. Door het ontschotten van de zorg, kan ook de jeugdhulpverlening naar de gemeenten om aan te sluiten op de netwerken van jeugdigen en hun ouders. Het succes van de zorg wordt voortaan nadrukkelijker mede bepaald door de eigen bijdrage (anders dan alleen in financiële zin) van de patiënt, cliënt, oudere of jeugdige zelf.²⁶

2 De voorwaarden van het stelsel in ontwikkeling

De houdbaarheid van het stelsel is afhankelijk van de ontwikkeling van een aantal thema's, waarvan de ontwikkeling daarom in het bijzonder nog kort wordt geschetst. Houdt de marktwerking een bedreiging van de kwaliteit in? Wordt niet kwaliteit uitgeruild tegen doelmatigheid en opbrengst voor de zorgaanbieder of lagere prijzen voor de zorginkoper? Ondersteunt de prijsvorming het proces van concurrentie op kwaliteit of komt de kwaliteit niet in de prijsvorming tot uitdrukking met kwaliteitsverlies als gevolg? De zorgverzekeraars moeten hun rol nemen in het vormgeven van de polissen en van de zorginkoop. Zonder transparantie op de markten is marktwerking gedoemd te falen. Hoe hebben de marktmeesters ACM en NZa, hun taak opgepakt?

2.1 Kwaliteitsregulering

Lag de primaire verantwoordelijkheid in de vorige eeuw toch primair bij de individuele professional, in de periode van de invoering van de stelselwijziging tot nu is de nieuwe noemer die van de institutionele kwaliteitsbewaking. In de Kwaliteitswet zorginstellingen ('Kwz') uit 1996 schreef artikel 4 reeds voor dat de instelling systematisch de kwaliteit diende te 'bewaken, beheersen en verbeteren' (men hoort er de 'cirkel van Deming': plan-do-check-act, in). De waterscheiding zijn de casus hartchirurgie in het UMC Radboud in 2005/6²⁷ en de casus van de verantwoordelijkheid van het MST voor het disfunctioneren van de neuroloog Jansen Steur.²⁸ De raad van bestuur dient zich te verzekeren van de kwaliteit van

26 Met de Troonrede 2013 werd de term 'participatiesamenleving' een gevelegeld woord. Voor vier dilemma's over de participatiesamenleving: zie K. Putters, *De verzorgingsstaat. Tussen verzorgingsstaat en participatiesamenleving*, 15de Wibaut lezing, 23 november 2013, en vijf misverstanden: E. Tonkens, *Vijf misverstanden over de participatiesamenleving*, afscheidsrede UvA, 1 mei 2014.

27 Onderzoeksraad voor Veiligheid, *Een onvolledig bestuurlijk proces hartchirurgie in UMC St Radboud*, Den Haag: april 2008.

28 Zie o.a. het rapport Legemaate, *Verantwoordelijkheid nemen voor kwaliteit* (VU 2009) en de reactie van de minister van VWS, *Kamerstukken II 2008/09, 31 700 XVI, nr. 173*, en het rapport Cie Lemstra, *En waar was de patiënt...?* (2009), en de reactie van de minister op dit rapport: *Kamerstukken II 2008/09, 31 700 XVI, nr. 176*.

het primaire proces van de zorgverlening en dit niet in goed vertrouwen aan de professionals over te laten. Bovendien moet de raad van bestuur ervoor waken dat professionals onderling elkaar niet te weinig op de kwaliteit van zorg collegiaal aanspreken, waardoor individuen te lang ‘onder de radar kunnen doorklinken’. Meer dan voorheen werd kwaliteit een verantwoordelijkheid voor de instelling, de raad van bestuur, de zorgmanagers en teams, in plaats van enkel de individuele professional.²⁹

Het stelsel had onvoldoende voorzien in het onderhouden en stimuleren van de kwaliteitsnormen. Onder de Kwz liep het invullen van de ‘veldnormen’ voor verantwoorde zorg (artikel 2 Kwz) zo traag dat de IGZ in het gat stapte en zich als ‘kwaliteitsregisseur’ opwierp. De rol kon worden overgenomen door het Zorginstituut Nederland (‘Zorginstituut’). Ook omdat het niet aan een toezichthouder is om normen te formuleren en die vervolgens ook te handhaven.³⁰ Het Zorginstituut heeft tot doel de kwaliteitsstandaarden en meetinstrumenten daarvoor (indicatoren) te registreren en zondig de ontwikkeling daarvan te entameren (zie 66b Zvw). Het programma ‘Zichtbare Zorg’ dat voor introductie voor kwaliteitsindicatoren zou zorgen wordt daarin opgenomen en niet zelfstandig voortgezet.

Hiervoor werden reeds de convenanten met en in het veld genoemd, die de kwaliteit van zorg betreffen. Naar aanleiding van het onderzoek van het NIVEL/VUmc-Emgo over vermijdbare schade en sterfte in ziekenhuizen voerde de sector een Veiligheidsmanagementsysteem in, dat voor accreditatie van de kwaliteit van zorg, als door het NIAZ, relevant is. Zo vond op intern- (organisatie), op macro- (Zorginstituut) en mesoniveau (convenanten en accreditatie) een doorontwikkeling van de kwaliteit plaats, die de zorginkopers vervolgens weer in staat moet stellen op kwalitatief goede zorg te vertrouwen respectievelijk deze te kunnen onderscheiden.

Ter versterking van de rechten van de patiënt wilden de laatste kabinetten Balkenende het institutionele kader van de WTZi overhevelen naar de Wet cliëntenrechten zorg, die tevens de Kwz zou vervangen.³¹ Dit wetgevingsproject is inmiddels opgedeeld³² en van het voorstel voor de Wet cliëntenrechten zorg bleef voorlopig alleen het voorstel Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg (‘Wkkgz’) over.

29 Zie J.G. Sijmons, *Kwaliteit: van incident naar instituut*, in J.G. Sijmons, J.K.M. Gevers & J.H.H.M. Dorscheidt (red.): *Recht en zorg van kwaliteit*, Den Haag: Sdu 2012, p. 17-34, zie verder J.G. Sijmons, N.O.M. Woestenburg e.a., *Tweede evaluatie Wet BIG*, Den Haag: ZonMw, oktober 2013, p. 231-254.

30 Zie J. Legemaate, *Kwaliteitsnormering door het Nederlands Zorginstituut*, in: Sijmons, Gevers en Dorscheidt 2012, p. 37.

31 Wetsvoorstel van de ‘Wcz’ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 1-4.

32 *Kamerstukken II 2012/13*, 32 620, nr. 78, p. 8.

Het gewijzigde voorstel van de Wkkgz ligt bij de Eerste Kamer. De Wkkgz maakt de instelling nog nadrukkelijker verantwoordelijk voor de kwaliteit, voegt op dit gebied met name het antecedentenonderzoek (artikel 4), een interne incidentmelding (artikel 9) en een actieve informatieplicht over de eigen kwaliteit en over incidenten in de zorgverlening (artikel 10) toe.

2.2 *Prijsregulering en kostenbeheersing*

Het lastigste en meest prominente thema is wel de tariefregulering en kostenbeheersing. Gaan liberalisering en kostenbeheersing wel samen? Is de kwaliteit onderdeel van de prijzen geworden?

2.2.1 *Prestatiebekostiging: afbouw FB naar vrije prijzen en ZZP-en*

In de cure en care is de budgettering afkomstig uit het oude stelsel inmiddels vervangen door een vorm van prestatiebekostiging. De huisartsen hebben nog een combinatie van een abonnement- en consulttarief. De ziekenhuizen en GGz-instellingen declareren in 'DBC's' (diagnose-behandelcombinaties), die per 1 januari 2012 zijn vereenvoudigd door de operatie 'DOT', en de care in ZZP-en ('zorgzwaartepakketten') en toeslagen of in maximumtarieven volgens de beleidsregel Volledig Pakket Thuis of de beleidsregel voor tarieven extramurale zorg. Toonbeeld van transparantie is dit alles nog niet. Hoewel de 'DOT's' transparantie moesten brengen in het complexe DBC-oerwoud, heeft het toch niet echt heel veel geholpen.³³ De ziekenhuizen waren in 2012 en 2013 lang in onzekerheid over hun uiteindelijke opbrengsten. Voor de ziekenhuizen en de AWBZ-instellingen is een transitierегeling getroffen om de overgang met niet te grote schokken te laten verlopen. Een garantieregeling voor de vervallen gegarandeerde vergoeding voor onder de WTZi goedgekeurde investeringen loopt nog. Het betreffen majeure operaties, waarover voor het College van Beroep voor het bedrijfsleven het nodige is geprocedeerd.

Belangrijker dan de vraag naar het handzame karakter van de tarieven is de vraag of het stelsel in staat is geweest om in de prestatiebeschrijvingen voor de tarieven (die artikel 35 Wmg verlangt) de kwaliteitscomponent onder te brengen. In de vrije tarieven of maximumtarieven wordt dit nu gerealiseerd door kwaliteitstoeslagen of -afslagen. Mijn indruk is dat daarmee nog niet de belofte van de vrije prijsvorming en marktwerking is ingelost, zoals deze door het werk van Porter en Teisberg bij de stelselwijziging voor ogen stond. In plaats van te concurreren op de kosten, was concurrentie op basis van geleverde gezondheidswinst (toegevoegde waarde) de gouden sleutel en de les uit een vrije zorgmarkt in de V.S., die

33 Aldus M. Gelpke, in H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014, p. 815-816.

nu juist niet op het goede spoor van de marktwerking was geraakt door met name in de keten kosten af te wentelen op de volgende schakel.³⁴

2.2.2 *Nieuwe budgettering: aanneemsommen en honorariumbudgetten*

Een illustratie van het tekort is dat de budgettering via liberalisering weer haar intrede heeft gemaakt. Zorgverzekeraars hebben de neiging in de zorginkoopcontracten aanneemsommen of prijsplafonds, die werken als de oude budgetten, in te voeren. De reden is evident. Het is lastig te bepalen wat de toegevoegde waarde van de zorgproducten nu eigenlijk is en de administratieve beheerscultuur ten behoeve van anticiperend aan te bieden premies door de zorgverzekeraars enerzijds en dekking van de totale investeringskosten door de zorginstellingen anderzijds heeft de tendens vooral de totalen in beschouwing te nemen. Zuivere prestatiebekostiging heeft een productieverhogend effect. Om deze ‘vraaginductie’ tegen te gaan was ooit de budgettering bedacht. Deze is nu door de overheid afgebouwd, maar wordt privaat om redenen van kostenbeheersing weer ingevoerd. Van *output pricing* naar budgettering en terug en weer rond naar budgettering, maar nog geen of weinig *value based pricing* (Porter).

2.2.3 *Macrokortingen (macrobeheersingsinstrument) en beschikbaarheidsbijdragen*

Per 1 januari 2012 trad de Wet aanvulling instrumenten bekostiging WMG in werking die via het nieuwe ‘macrobeheersinstrument’ (‘MBI’), ingebouwd in de Wmg (artikel 56a Wmg), de kostenbeheersing van de totale zorgkosten per sector moet veilig stellen. Keerzijde van de prestatiebekostiging is immers, dat bij gebreke aan door de NZa vastgestelde budgetten, de minister geen opdracht kan geven om overschrijdingen van het budgettair kader zorg van de Rijksbegroting terug te halen door hun korting op de instellingsbudgetten. Macrokortingen overlaten aan de prijsonderhandelingen met de zorgverzekeraars of zorgkantoren vindt de regering uiteindelijk te riskant. Het MBI is in zijn effectiviteit echter omstreden. De efficiënte aanbieders met lagere tarieven worden evenzeer geraakt als diegenen met te hoge volumes en/of tarieven en die in meerdere mate verantwoordelijk zouden kunnen zijn voor de kostenstijging. Bovendien blijven de zorgverzekeraars bij een korting achteraf op de tarieven door een afstortingsplicht voor de zorgaanbieders aan het Zorgverzekeringsfonds buiten schot (terwijl zij hun zorginkooptaak wellicht niet doelmatig genoeg hebben uitgevoerd).³⁵ In de convenanten met de sector over de ontwikkeling van de kosten worden andere middelen eerst in het vooruitzicht gesteld, maar als ultimum remedium op voorhand uit de ‘systeemverantwoordelijkheid’ van de minister een MBI bij overschrijdingen van het overeengekomen kader genoemd.

34 M.E. Porter & E. Teisberg, *Redefining Health Care. Creating Value-Based Competition on Results*, Boston: Harvard Business School Press, 2006, p. 107-111.

35 Zie verder Sijmons 2011, p. 62-66.

Aan de andere kant heeft de overheid ook een plicht een minimum aan vergoedingen zeker te stellen, waar de geliberaliseerde markt niet tot evenwichtige prijzen komt. Hiervoor is bij dezelfde wet in de Wmg de ‘beschikbaarheidsbijdrage’ ingevoerd (onder meer voor spoedeisende hulp, traumahulp per helikopter etc.). Ook dit was nodig nu in budgetten de financiering niet meer deze functies dekten.

De relatieve rust bij de macrokostenbeheersing kan door de bestuurlijke convenanten tenminste voor een deel worden verklaard (een ander deel bijvoorbeeld een indirect effect van de crisis). De sector heeft gezamenlijk ingezet op kostenbeheersing en een beheerste zorginkoop door de zorgverzekeraars aanvaard (in de AWBZ gold door de NZa opgelegde regionale contracteerruimte, die in de Wet langdurige zorg worden voortgezet).

2.2.4 *Inkomensbeleid en Wet normering topinkomens*

Haaks op de liberalisering staat nog steeds een inkomensbeleid in de maximumtarieven van individuele beroepsbeoefenaren via de beleidsregels van de NZa. Met de invoering van de prestatiebekostiging voor de medisch specialisten (voorafgaand aan de afbouw van de budgettering voor ziekenhuizen) was door de volumecomponent in de tarieven het inkomen van medisch specialisten vrijgegeven. Dat beviel vanwege de kostenstijging niet goed en met het *Convenant bekostiging vrijgevestigde medisch specialisten transitie 2012-2014* van VWS, Orde van Medisch Specialisten en NVZ werd dit inkomen collectief aan banden gelegd van door de NZa vastgestelde honorariumbudgetten per ziekenhuis. De budgettering was alweer terug voordat zij goed en wel was afgeschaft.

De inkomens van bestuurders in de zorg en zorgverzekeraars werden onder de werking van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semi-publieke sector (‘Wet normering topinkomens’) gebracht. In 2015 werd de algemene norm het ministersalaris. Deze norm werd vooralsnog niet van toepassing op de medisch specialisten in de ziekenhuizen. Buiten de instellingen werd een experiment gedaan met een volledige liberalisering van de tarieven, namelijk van de mondzorg.³⁶ Het experiment van drie jaar startte in 2012, maar in datzelfde jaar werd besloten het stop te zetten per 1 januari 2013. De liberalisering van de tarieven van individuele beroepsbeoefenaren zoals voorzien in 2006, lijkt voorlopig gestrand.

2.3 *Zorgverzekering en decentralisatie AWBZ*

Het verzekeringsstelsel werd meermalen onder de loep genomen. Een kernpunt van het stelsel was dat de zorgverzekeraars onder de Zvw en de zorgkantoren onder de AWBZ selectief hun zorg zouden inkopen en daarmee de zorgaanbie-

36 NZa, Beleidsregel experiment vrije prijsvorming mondzorg, BR/CU-7033.

ders tot kwaliteit en doelmatigheid zouden dwingen. Ondanks het feit dat empirisch initiatieven van selectieve inkoop konden worden aangewezen³⁷, is mijn algehele beeld toch nog dat zorgverzekeraars sterk georiënteerd zijn op zorginkooprijzen en zorginkoopbudgetten en dat kwaliteit en doelmatigheid afdwingen veel lastiger is gebleken dan waarschijnlijk werd verondersteld.³⁸ De grote belofte van de marktwerking door de zorgverzekeraars bij de stelselwijziging moet nog steeds worden verzilverd.

Het principe van gerichte en meer effectieve zorginkoop ligt mede ten grondslag aan de decentraliseringsoperatie in de AWBZ. In 2007 waren voorzieningen als het bevorderen van zelfstandig functioneren en huishoudelijke verzorging reeds uit de AWBZ naar de gemeenten overgegaan (Wet maatschappelijk ondersteuning). De zorginkoop onder deze wet is per 1 januari 2015 verder opgesplitst in een deel dat naar de gemeenten is overgeheveld: vervoer en de dagbesteding voor mensen met beperkingen en/of psychische of psychosociale problemen, thuiszorg en opvang, een deel dat onder de Zvw is gebracht: wijkverpleging en extramurale behandeling van mensen met een zintuigelijke beperking. De 'romp' van de AWBZ is met ingang van 1 januari 2015 overgegaan in de Wet langdurige zorg (Wlz). Behouden is de zorginkoop door zorgkantoren op basis van een natura-stelsel. Zorg wordt geleverd door gecontracteerde zorgaanbieders in intramurale setting of met 'het volledig pakket thuis'. Een parallel met het huidige artikel 13 Zvw is dat een verzekerde onder strikte voorwaarden kan kiezen voor een persoonsgebonden budget, maar dan slechts een deel van de kosten dekt. De jeugd-ggz is per 1 januari 2015 ondergebracht in de Jeugdwet eveneens onder beheer van de gemeenten. Op de gemeenten rusten daarmee nieuwe verplichtingen. Dit is een nieuw te verkennen terrein.

2.4 Informatie

De achilleshiel van marktwerking is transparantie. De Wmg kent een samenhangende set van gerichte bepalingen voor het tot stand brengen van transparantie op de zorgmarkt (artikelen 38 en 39) en zorgverzekeringsmarkt (artikel 40). Informatie moet zodanig zijn, dat deze voor consumenten gemakkelijk te vergelijken is (artikel 38 lid 4 Wmg). De vergelijkende informatie moet het marktgedrag van vragers en aanbieders stimuleren. De NZa heeft inmiddels ter vervanging van eerdere richtsnoeren beleidsregels voor zorgaanbieders (Transparantie zorgaanbieders, TH/BR-012) en zorgverzekeraars (Informatieverstrekking ziektekosten-

37 Brief minister VWS aan TK d.d. 10 december 2012 (kenmerk z-3144962) met als bijlage het Rapport *Doelmatigheid in de zorginkoop*, van Significant (Barneveld: 2012).

38 R. van Kleef, E. Schut en W. van de Ven, *Evaluatie Zorgstelsel en Risicoverevening*, Erasmus Universiteit, IBMG: 2014001, Rotterdam: maart 2014; Rein Halbersma, Johan van Manen, en Wolf Sauter, Nza Research Paper 2012-3, *Voldoen de verzekeraars in hun rol als motor van het zorgstelsel?* Utrecht: 2012.

verzekeraars en volmachten, THBR-010) ingevoerd, die aangeven wat deze informatie ten minste moet zijn. Niet onomstreden was in dit verband de verplichte openbaarmaking van de sterftecijfers van ziekenhuizen. De bevindingen van de NZa zijn dat consumenten vooral tevoren geïnteresseerd zijn in de financiële aspecten en met name de verzekeringsdekking, waarvoor zij zich voornamelijk (niet verrassend) tot de zorgverzekeraars wenden. Met de vergelijkbaarheid van de informatie is het nog niet geweldig gesteld.³⁹

Onderwijl werkt de informatieparadox.⁴⁰ Alle kennis maakt niet enkel gelukkig ('wie kennis vermeedert, vermeedert smart') en dit doet zich gevoelen in de zorg, waar de aandacht voor het disfunctioneren van hulpverleners en het falen van instellingen onzekerheid oproept die niet altijd terecht is. De incident-gedreven regelreflex kan juist door de inherente openheid van het stelsel het zelf weer belasten en vertragen (deregulering was immers de opzet).

In het kader van de informatievoorziening moet ook worden genoemd het stimuleren van publieksinformatie om zorgconsumentisme en medicalisering te voorkomen, bijvoorbeeld door e-health ('nuldlijnszorg'). De geïnformeerde burger moet niet alleen het stelsel scherp houden, maar er ook zo min mogelijk gebruik van maken (wijze zelfbeperking). Voor de consument als 'stemmer met de voeten' is in de loop van de jaren veel informatie ontsloten. Het Zorginstituut beheert de website kiesBeter.nl, waarop veel kwaliteitsinformatie staat. De zorgaanbieders maken soms ook de vlucht naar voren, zoals de ziekenhuizen met het 'kwaliteitsvenster', waarop veel voorheen als gevoelig beschouwde informatie met toelichtingen door de huizen staat (www.nvz-kwaliteitsvenster.nl). Voeg daaraan toe dat er tevens meer openheid is ontstaan over tuchtrechtelijke maatregelen (zwaarder dan de enkele waarschuwing), die voor het publiek toegankelijk zijn gemaakt. De openbare kwaliteitsinformatie is zo langzamerhand de kinderschoenen ontgroeid en volwassen aan het worden. Wel past daarbij de aantekening dat de meest relevante informatie over praktijkvariatie, waarop volgens de conventanten door de zorgverzekeraars wordt gestuurd, veelal interne statistieken van zorgverzekeraars betreft.⁴¹ Deze is niet inzichtelijk voor anderen en betreft bedrijfsgevoelige informatie voor het zorginkoopbeleid.

Gebrek aan transparantie wordt ook nog steeds ervaren door de verzekerden op de zorgverzekeringsmarkt. De NZa heeft de zorgverzekeraars aardig lang uit de wind gehouden (met name wat betreft hun zorginkoopbeleid en aanmerkelijke marktmacht), maar nu richt de NZa de focus van haar toezicht op de zorgverzekeraars, onder meer met betrekking tot de transparantie respectievelijk de informatieverschaffing aan de verzekerden.⁴²

39 NZa, *Monitor Transparantie voor consumenten*, Utrecht: februari 2014.

40 *Van systemen naar mensen*, p. 5.

41 Het onderzoek uit 2010 van Significant (zie noot 36) liet zien dat de verzekeraars met name op eigen interne databanken selectief zorginkopen (p. 8).

42 Zie brief NZa aan de minister van VWS d.d. 8 december 2014 (kenmerk: 109538/153162; zie www.nvz.nl)

2.5 Toezicht door de NZa, ACM en IGZ

De NMa wijzigde van naam in Autoriteit Consument & Markt, zonder dat het terughoudende beleid ten aanzien van concentraties in de zorg veranderde. Veel sturing in de markt is de afgelopen periode door de ACM niet aangebracht, noch wat betreft de fusies van verzekeraars tot vier grote concerns en zorgaanbieders (met name werden alle ziekenhuisfusies goedgekeurd). Anders ligt dat voor de verboden mededingingsbepalende afspraken in de zorg. Daar kon worden ervaren dat de ACM actief intervenieerde. Niet door het boetebesluiten te laten regeren (hoewel de brancheorganisaties NIP en LHV bijvoorbeeld boetes opgelegd kregen), maar vooral door te waarschuwen en responsief te zijn voor de sector. Zo werden veel mededingingsproblemen na overleg voorkomen.

Van andere snit is het optreden van de NZa. De affaire van klokkenluider Gottlieb deed de NZa geen goed.⁴³ Van de nieuwe handhavingsbevoegdheid van de interventies bij aanmerkelijke marktmacht (het NZa-instrument om de markt bij te sturen) werd nauwelijks gebruik gemaakt (wel moest een kleine apotheker in Zeeuws-Vlaanderen het ontgelden⁴⁴). Een NZa-fusietoets werd ingevoerd, waarvan bij de effectiviteit toch wel enkele vraagtekens gesteld konden worden.⁴⁵ De IGZ lag onder vuur door de casus Jansen Steur⁴⁶ en kritiek van de Nationale ombudsman⁴⁷ op het algehele functioneren van de IGZ bij klachtafhandelingen. Nog twee aan de minister uitgebrachte rapporten stelden de IGZ verder op scherp.⁴⁸ Hun toezicht en de handhaving zijn door alle kritiek niet milder geworden. De Wet uitbreiding bestuurlijke handhaving volksgezondheidswetgeving, terwille van de slagvaardigheid, maakte de IGZ machtiger. IGZ nieuwe stijl werd harder. Deze toezichthouders verdedigingen niet alleen de belangen van de goede werking van het stelsel, maar ook die van hun positie. Althans zo lijkt het. Daarbij staat de vraag nog open of het toevallige tekortkomingen waren in het toezicht en de handhaving of dat deze een transitieprobleem uitdrukken of wellicht een reflectie zijn van mogelijk te hoge verwachtingen die wij van het functioneren van het systeem hebben.

43 Zie de brief van de minister van VWS d.d. 2 september 2014 aan de TK (kenmerk: 125651-MC), waarbij het rapport van de Cie Borstlap naar het interne functioneren en van het onderzoeksbureau AEF, de tweede evaluatie van de Wmg, werd aangeboden. De Cie Borstlap adviseerde 'de [ontbrekende] tegenkracht in de NZa te organiseren'.

44 College van Beroep voor het bedrijfsleven d.d. 7 juni 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW7731.

45 C.T. Dekker en J.G. Sijmons, *Continuïteit van zorg en zorgspecifieke fusietoetsing*, TvGr 2013/2, p. 136-145.

46 Cie Hoekstra, *Angel en Antenne*, 2010.

47 *Geen gehoor bij de IGZ*, No rapport 2012/51.

48 Rapport K. van der Steenhoven, *Doorpakken* en van W. Sorgdrager, *IGZ. Van incident naar effectief toezicht*, beide d.d. 19 november 2012.

3 Het stelsel op de proef gesteld

Het zorgstelsel is op vele manieren te onderzoeken en te bevragen. Er zijn een drietal ontwikkelingen van bijzondere betekenis. Zij laten stuk voor stuk zien hoe de individuele thematiek steeds over meer fundamentele vragen van het functioneren en de legitimiteit van het stelsel gaan.

3.1 *Zorgverzekeraars op de markt*

De concurrentie tussen zorgverzekeraars moet uiteindelijk de motor achter het stelsel zijn. Verzekerden stappen wel eens over van verzekeraar, maar lijken vooral op de prijs te letten en brengen de verzekeraar daardoor nog helemaal niet per se in de 'regierol'. Werkt het stelsel in dit opzicht als gedacht? Over deze veronderstellingen van de Zorgverzekeringswet gaat het preadvies van Rijken in deze bundel.

3.2 *Gemeenten met nieuwe taken*

De zorgverzekeraars fungeerden via de zorgkantoren als uitvoerders van de AWBZ. Na de ontmanteling van deze wet zijn de taken die in het verlengde liggen van de maatschappelijke ondersteuning naar de gemeenten overgeheveld. Het gelijke naar het gelijke. Dat kan ook anders worden beschouwd. De gemeentelijke taak tot ondersteuning van de participatie van ouderen en mensen met een beperking wordt opgerekt richting zorgverlening. De pure omvang van het betrokken budget laat zien dat de gemeenten alleen daardoor ook een kwalitatieve sprong maken en opschuiven richting de taken van oude zorgkantoren. Het preadvies van Vermaat over de gemeente als quasi-zorgverzekeraar exploreert hier de nieuwe verhoudingen en problemen.

3.3 *Winstuitkeringen in de zorg*

In het regeerakkoord van het huidige kabinet Rutte II (*Bruggen bouwen*) staat het voornemen afkomstig reeds uit de beginfase van de stelselwijziging om het winstverbod voor intramurale instellingen af te schaffen. Een winsttoegmerk voor zorginstellingen voor medisch specialistische zorg met de functie verblijf (klinische voorzieningen) en voor intramurale Wlz-instellingen is verboden.⁴⁹ In plaats van termen van winstverbod en de ideologische lading van deze discussie wordt inmiddels gesproken van de wet 'Vergroten investeringsmogelijkheden in medisch specialistische zorg'.⁵⁰ De toegang tot de kapitaalmarkt in termen van kansen, eerder dan van bedreigingen, is het doorslaggevende perspectief. Opont-

49 Artikel 5 lid 2 WTZi juncto artikel 3.1 Uitvoeringsbesluit WTZi.

50 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 168, A.

houd in de Eerste Kamer maakt dat het thema al weer ruim tien jaar in de stelsel-discussie speelt. Waarom is men niet in staat hier verder te komen? De verhouding van het publiekrecht en privaatrecht moet daarbij opnieuw worden door-dacht en dus komt men op de grenzen van eigen 'stelsel'. Het kabinet besloot begin van dit jaar om geen eigen wet op het goed bestuur in de zorg voor te stellen, maar de zorg hier te laten werken met de middelen van het algemene privaatrecht. In het preadvies over dit onderwerp geeft Plomp hierna een nieuwe benadering die een andere kijk op de vraag naar het balanceren van belangen mogelijk maakt en tevens uitkomt op een herwaardering van het privaatrecht in deze controle op winstuitkeringen.

3.4 *Fraude in de zorg*

Met de kostenstijging komt de solidariteit onder druk. Dat vergt aanpassingen in het systeem. Des te moeilijker wordt het dan te accepteren dat er kosten zijn die ten onrechte onder de collectieve financiering worden gebracht. Die druk zorgt voor zero-tolerance bij fraude, verspilling en administratieve lasten, aldus de bewindslieden van VWS in *Van systemen naar mensen* (p.11). Het heeft geleid tot een intensivering van de jacht op fraude met een brede coalitie van bestuursorganen, toezichthouders en veldpartijen (zorgverzekeraars). De NZa richtte haar toezicht nadrukkelijker op correct declareren en opsporen van fraude. Maar is alles fraude wat niet direct begrijpelijke of juiste declaraties zijn en werden de zorgaanbieders niet zelf verantwoordelijk gemaakt voor zo doelmatig mogelijk declareren? Is het ook niet de schaduw van het onvolkomen declaratiesysteem zelf, waarvan men schrikt? Hebben we niet de illusie van de eenduidigheid en transparantie van tarieven gekoesterd en wentelen we niet onze teleurstelling over het gebrek aan perfectie en controle af op de zorgaanbieders? In het preadvies van Van den Ende wordt voor de eerste keer dit onderwerp voor de vereniging grondig onderzocht. Het is minder een *side issue* dan men voorafgaand de lezing van dit preadvies zou kunnen denken.

3.5 *Het zorgstelsel en 'Europa'*

Last but not least, zelfs in zekere zin het fundament van het gehele stelsel betreffend, moet de vraag worden gesteld naar de verhouding van ons stelsel tot het Europese recht, het EVRM en met name dat van de Europese Unie. Slechts twee keer eerder stond deze verhouding centraal in een preadvies voor de vereniging: in 1993 door een brede bespreking van de complete thematiek van het EG-recht door Roscam Abbing⁵¹ en in 2009 door drie preadviseurs om enigermate de twee hoofdthema's van de betekenis van het EVRM voor de patiëntenrechten en

51 H.D.C. Roscam Abbing, *Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap*, preadvies jaarvergadering VGR 16 april 1993.

het EG-Verdrag (thans: VWEU) voor de marktwerking in het stelsel te kunnen dekken. Dit keer voert het preadvies van Steyger ons opnieuw naar de vraag naar de houdbaarheid en of het 'EU-rechtproof' is. Onder meer de actuele vraag naar de houdbaarheid van de voorgestelde wetswijziging van artikel 13 Zvw komt daarbij aan de orde. De vraag is precies ook of het EU-recht wel voldoende serieus wordt genomen als wij in een toets 'achteraf' de overeenstemming met het Unierecht beoordelen, zoals, met een niet helemaal eenduidig antwoord, de Raad van State eind 2014 werd gevraagd te doen bij de behandeling in de Eerste Kamer van het wetsvoorstel inzake artikel 13 Zvw.

3.4 *Tot slot:*

Deze schets kan niet meer dan enkele hoofdlijnen aangeven en een opstap bieden voor de verdieping van de hierna volgende preadviezen. Het stelsel moet de vereniging minstens zo ter harte gaan als de traditionele patiëntenrechten. Met het stelsel staat en valt immers de feitelijke toegankelijkheid van de zorg, de betaalbare kwaliteit en solidariteit. Het stelsel is alles behalve voltooid, zodat op de jaarvergadering nog veel te bediscussiëren overblijft.

Deel 1

Het zorgstelsel in Europeesrechtelijk perspectief

Prof. mr. E. Steyger¹

1 Elies Steyger is hoogleraar Europees bestuursrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en advocaat te 's-Hertogenbosch.

1 Inleiding

Op 1 januari 2006 trad de Zorgverzekeringswet (Zvw)² in werking, gevolgd in oktober 2006 door de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg).³ De wetten hadden een lange voorgeschiedenis, beginnend met de Commissie Dekker⁴ in de jaren tachtig van de vorige eeuw, en vervolgens het plan-Simons uit begin jaren negentig. Beide initiatieven beoogden de introductie van concurrentie in de zorg, zodat er prikkels zouden komen tot kostenbesparing. De enige constante in het stelsel leek de Algemene wet bijzondere ziektekosten (AWBZ) te zijn.

Vanaf het begin waren er twijfels over de Europeesrechtelijke haalbaarheid van een concurrentieel stelsel.⁵ Het stelsel van ziekenfondsverzekeringen zou immers zijn status als sociaalzekerheidsstelsel in de zin van de schadeverzekeringsrichtlijnen verliezen en de ziekenfondsen zouden niet meer hun speciale status behouden⁶ maar gewone ondernemingen worden, die aan het Europese mededingingsrecht onderworpen zouden zijn. Daarmee zou het stelsel vanuit het Europese recht worden ondermijnd.

Het plan-Simons haalde het niet en de daaropvolgende voorstellen werden aanmerkelijk nauwkeuriger op hun Europeesrechtelijke merites onderzocht. In 2001 schreef ik over het ontwerpstelsel: 'De naïviteit die zo'n tien jaar geleden nog op dit terrein bestond is geheel verdwenen.'⁷ Toch zou het nog tot 2006 duren voor de bewuste marktwerking zou worden geïntroduceerd.

De marktwerking in de Zvw gaat wel veel verder dan hetgeen destijds door Dekker en Simons werd beoogd. In plaats van een sociaal zekerheidsstelsel met enkele concurrerende trekjes, is in het huidige stelsel concurrentie het doel. Zorgverze-

2 Wet van 16 juni 2005, *Stb.* 2005, 358.

3 Wet van 7 juli 2006, *Stb.* 2006, 415.

4 Zie het rapport 'Bereidheid tot verandering' van de Commissie van maart 1987.

5 Zie I.G.H. Cath, 'Plan-Simons in strijd met EG-recht', *Het Financiële Dagblad*, 6 november 1991; F.M. du Pré, 'Zorgen voor de zorgverzekeraars', *Sociaal Recht* 1992, p. 269-275; F.M. du Pré, 'Klein Duimpje en de Nederlandse ziektekostenverzekeringen', *Sociaal Recht* 1993, p. 138-141; Genuanceerder: H.D.C. Roscam Abbing, *Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschappen*, Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht 1984; E. Steyger, 'Het Europese recht en nationale stelsels van sociale zekerheid, Deel I: Een sociaal zekerheidsstelsel en haar uitvoering', *SMA* 1994, p. 8 t/m 19; 'Deel II: Marktordening als gevolg van een sociaal zekerheidsstelsel en convergentie van systemen', *SMA* 1994 p. 70 t/m 78.

6 HvJEG, 7 februari 1984, zaak 238/82, ECLI:EU:C:1984:45 (Duphar)

7 E. Steyger, 'De communautaire inhoud van het begrip sociale zekerheid', *TvGR*, 2002, 2.

keraars gelden als de bewakers van de zorgkosten en moeten zo goedkoop mogelijk zorg inkopen bij de zorgaanbieders, zodat zij hun verzekerden een polis voor zo laag mogelijke kosten kunnen aanbieden. Daarnaast concurreren zij om diezelfde verzekerden die jaarlijks van verzekeraar kunnen wisselen. Zij gedragen zich als ondernemingen, maar met een aantal verplichtingen in het kader van de basisverzekering zoals de acceptatieplicht, de verplichte deelname aan het vereveningsfonds en het verbod op premiedifferentiatie naar risicoprofiel. Ook is de toegang tot het stelsel voor verzekeraars aan een scherper toezicht onderworpen dan de toegang tot de markt voor gewone ondernemingen. Het mededingingsrecht is op de zorgverzekeraars van toepassing. Dit betekent dat de vraag rijst in hoeverre zowel de inrichting als de toepassing van het stelsel voldoet aan het Europese mededingingsrecht.

De andere pijler van het EU-recht, de interne markt, was in de periode die voorafging aan de totstandkoming van het stelsel aanmerkelijk minder in beeld, hoewel toch duidelijk was dat de gezondheidszorg, ongeacht de inrichting van het stelsel, aan de invloed van het vrij verkeer onderhevig is. Dit volgt uit een vroeg arrest van het Hof waarin gezondheidsdiensten als ‘dienst’ in de zin van het VWEU werden gekwalificeerd.⁸ Er was destijds vooral discussie over de status van het stelsel in het licht van de schadeverzekeringsrichtlijnen, die actueel kan worden, wanneer het stelsel niet wordt gekwalificeerd als sociaalzekerheidsstelsel van artikel 3 of een alternatief in de zin van artikel 206 Rl. 2009/138.⁹ In dat geval staan de bij wet opgelegde verplichtingen aan de verzekeraars op de tocht.¹⁰

Ook op andere gebieden bleek het stelsel niet immuun voor invloeden van het vrij verkeer van personen en diensten. Dit leidde tot de introductie van Rl. 2011/24¹¹ betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg, die de in de jurisprudentie neergelegde patiëntenrechten codificeerde en een aantal nieuwe regels introduceerde.

Inmiddels hebben we negen jaar Zvw en Wmg. Het stelsel heeft inmiddels weer zijn eigen ontwikkelingen doorgemaakt, bijvoorbeeld door de wijze waarop de NZa, de ACM, de minister en de nationale rechters het stelsel beoordelen en vormgeven. Er heeft voorts een omwenteling plaatsgehadt in de vormgeving van de langdurige zorg en de thuiszorg, waarbij de AWBZ is ontmanteld. En hoewel de inrichting van het stelsel nog steeds een nationale aangelegenheid is zullen deze

8 HvJEU 31 januari 1984, 286/82 en 26/83, ECLI:EU:C:1984:35, (Luisi en Carbone).

9 Richtlijn betreffende de toegang tot en uitoefening van het verzekerings- en het herverzekeringsbedrijf (Solvabiliteit II).

10 Zie ook ZonMw, Evaluatie Zorgverzekeringswet en wet op de zorgtoeslag, Den Haag 2009.

11 Rl. van 9 maart 2011, Pb. 2011/88, p. 45-65.

ontwikkelingen in overeenstemming moeten zijn met het Europese recht, zowel het recht op vrij verkeer als het mededingingsrecht.

In dit preadvies worden de ontwikkelingen in het stelsel belicht en getoetst aan het Europese recht. Primair wordt ingegaan op de verhouding van het stelsel tot het vrij verkeer van personen en diensten. Daarbij worden RI. 2011/24 en het integratieverbod tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders besproken, alsmede de problematiek van de in het buitenland woonachtigen die als onwillige verzekerden binnen het Nederlandse systeem kwamen te vallen. Voorts bekijk ik of de wijze van overdracht van taken die nu nog onder de AWBZ vallen naar de gemeenten zich verdraagt met het Unierecht waaronder het aanbestedingsrecht en de Dienstenrichtlijn.

Het tweede onderdeel betreft de overeenstemming met het mededingingsrecht. Waar al twijfels bestonden bij de introductie van het stelsel, zoals de toenmalige vormgeving van het preferentiebeleid, en aarzelingen bestaan ten opzichte van de wijze waarop met fusies wordt omgegaan door de toenmalige NMa, bekijk ik vooral de wijze waarop rechters het mededingingsrecht inzake de zorg uitleggen en in hoeverre de steeds groter wordende zorgverzekeraars en zorgaanbieders gesteund kunnen worden als ze in moeilijkheden komen. Tenslotte wordt kort aandacht geschonken aan ontwikkelingen op Europees niveau.

2 De interne markt en het Europees burgerschap

2.1 Grensoverschrijdend patiëntenverkeer

De verhouding tussen de interne markt en stelsels van gezondheidszorg is altijd tamelijk gespannen geweest. Nadat de activiteiten van zorgaanbieders door het Hof werden gekwalificeerd als 'diensten' in de zin van het EEG-verdrag,¹² verzetten lidstaten zich tegen invloed van het vrij verkeer op de verlening van deze diensten. Immers, wanneer patiënten zonder toestemming van zorgverzekeraars zorgdiensten over de grens zouden kunnen halen, zouden nationale zorgverzekeringssystemen, of deze nu wel of niet binnen een sociaalzekerheidsstelsel plaatsvinden, kwetsbaar kunnen worden door een grensoverschrijdende markt.

Niettemin werden de rechten van patiënten als dienstenontvangers in Europa erkend. Zo achtte het Hof het beperken van een vergoeding door ziekenfondsen tot ingezetenen van de eigen lidstaat een schending van het vrij verkeer van werknemers¹³ en werd het absolute toestemmingsvereiste voor het ontvangen

12 Zie noot 8.

13 HvJEU 9 december 1997, zaak C-160/96, ECLI:EU:C:1998:84 (Molenaar).

van een behandeling in het buitenland als een beperking van het vrij verkeer van diensten gezien, zowel extramuraal¹⁴ als intramuraal.¹⁵ Ook voor zware poliklinische behandelingen werd een toestemmingsvereiste niet acceptabel geacht.¹⁶ De wijze waarop het stelsel is ingericht maakt hierbij niet uit.¹⁷

Het Hof accepteerde wel enkele beperkingen op het ontvangen van zorg in andere EU-lidstaten. Voor intramurale zorg gold dat de verzekeraars uitsluitend verplicht werden de toestemming te geven, wanneer er wachtlijsten in eigen land waren; dit om het financiële evenwicht in het stelsel te kunnen handhaven. Voor extramurale zorg is er in beginsel geen beperking, tenzij een bepaalde verrichting grote investeringen vraagt en dienstengevolge planning noodzakelijk maakt.¹⁸ Ook de hoogte van de te vergoeden kosten mag beperkt worden.¹⁹

Deze jurisprudentie is inmiddels gecodificeerd in Rl. 2011/24. In deze richtlijn overheerst het beginsel dat grensoverschrijdende zorg in een andere lidstaat wordt vergoed, indien die zorg in de eigen lidstaat verzekerd is (artikel 7, eerste lid). Die vergoeding hoeft niet hoger te zijn dan de patiënt in eigen land zou hebben gekregen, en tevens niet hoger dan in het dienstverlenende land, als daar de kosten lager zijn dan in eigen land (artikel 7, vierde lid).

De richtlijn staat toe dat in bepaalde gevallen wel toestemming moet worden verleend (artikel 8). Ook hier is de richtlijn een afgeleide van de jurisprudentie. Het gaat vooral om eisen van planning, ziekenhuisovernachtingen en gebruik van zeer gespecialiseerde en kostenintensieve medische infrastructuur en apparatuur. Extra mogelijkheden voor toestemming zijn dat de behandeling gepaard gaat met een bijzonder risico voor de patiënt of de bevolking en wanneer de zorgbehandelaar die de zorg in een andere lidstaat verstrekt, aanleiding geeft tot ernstige en specifieke bezorgdheid over de kwaliteit of de veiligheid van de zorg. De toestemming kan niet geweigerd worden als de noodzakelijke zorg niet kan worden verleend op het grondgebied van de lidstaat binnen een medisch verantwoorde termijn.²⁰ Wel mag toestemming geweigerd worden wanneer uit een klinische beoordeling met redelijke zekerheid blijkt dat de patiënt zal worden blootgesteld aan een veiligheidsrisico, dat gelet op de baten van de grensoverschrijdende zorg

14 HvJEU 28 april 1994, zaak 158/96, ECLI:EU:C:1998:171 en zaak C-120/95, ECLI:EU:C:1998:167, (Kohll en Decker).

15 HvJEU 12 juli 2001, zaak C-157/99, ECLI:EU:C:2001:404 (Smits en Peerbooms).

16 HvJEG 13 mei 2003, zaak C-385/99, ECLI:EU:C:2003:270, (Müller-Fauré en Van Riet).

17 HvJEU 12 juli 2004, zaak C-372/04, ECLI:EU:C:2006:325 (Watts).

18 HvJEU 5 oktober 2010, zaak C-512/08, ECLI:EU:C:2010:579 (Commissie vs. Frankrijk).

19 HvJEU 12 juli 2001, zaak C-368/98, ECLI:EU:C:2001:400 (Vanbraekel).

20 Zie in dit verband zaak C-268/13, ECLI:EU:C:2014:227 (Petru).

als onaanvaardbaar moet worden aangemerkt, of wanneer de bevolking zal worden blootgesteld aan een veiligheidsrisico als gevolg van de grensoverschrijdende zorg. Ook de kwaliteit van de behandelaar kan aanleiding zijn tot het weigeren van toestemming. Deze laatste twee weigeringsgronden kunnen tot de nodige ophef leiden.

De richtlijn heeft zijn invloed op het Nederlandse stelsel laten gelden. De wijziging van artikel 13 Zvw²¹ die beoogt verzekeraars de mogelijkheid te bieden niet-gecontracteerde zorg niet te vergoeden als deze ontvangen is zonder dat de zorgverzekeraar een ontheffing heeft gegeven, doorstaat de toets aan de richtlijn niet.²² De bedoeling van de wetwijziging is verzekerden die een naturazorgverzekering hebben afgesloten, er van te weerhouden zorg te ontvangen van niet-gecontracteerde zorgaanbieders. Tot de inwerkingtreding moet zorg ontvangen van niet-gecontracteerde zorgaanbieders vergoed worden, zij het dat de vergoeding lager mag zijn dan die op basis van de naturapolis. In de MvT bij de Zorgverzekeringswet was aangegeven dat de hoogte van de vergoeding voor deze zorg niet zo laag mocht zijn dat het voor verzekerden een feitelijke hinderpaal zou worden om naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te gaan.

Dit volgde niet uit oprechte zorg voor de patiënten, maar uit het in Müller-Fauré²³ opgenomen vereiste dat de verzekerde, wanneer hij zonder voorafgaande toestemming voor behandeling naar een andere lidstaat gaat dan de lidstaat van vestiging van zijn ziekenfonds, aanspraak kan maken op vergoeding van de behandeling binnen de grenzen van de dekking die in de lidstaat van inschrijving door het stelsel van ziektekostenverzekering is gegarandeerd. Het Hof oordeelde dat de lidstaat voor een naturastelsel de hoogte mag bepalen van de vergoeding waarop patiënten, die een behandeling in een andere lidstaat hebben ondergaan recht hebben, mits deze bedragen berusten op objectieve, niet-discriminerende en transparante criteria. Dit criterium wordt het ‘hinderpaalcriterium’ genoemd. De wetgever meende dat Nederlandse zorgaanbieders benadeeld zouden kunnen worden ten opzichte van buitenlandse, wanneer verzekeraars in Nederland niet-gecontracteerde zorg niet of heel laag zouden mogen vergoeden, terwijl dat voor buitenlandse niet-gecontracteerde zorgaanbieders niet zou mogen vanwege het hinderpaalcriterium.

De regering leidt uit de bepalingen van de richtlijn af dat het uit Müller-Fauré voortvloeiende minimumvergoedingssysteem verlaten mag worden, omdat volgens artikel 7 Rl. 2011/24 de vergoeding voor in het buitenland genoten niet-

21 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 362.

22 Zie J.W. van de Gronden, ‘Grensoverschrijdend patiëntenverkeer in de Zorgverzekeringswet: is de voorgenomen wijziging van artikel 13 Europeesrechtelijk houdbaar?’, *TvGr*, 2013 p. 4 t/m 17.

23 Zie noot 16.

gecontracteerde zorg gelijk mag worden gesteld aan de vergoeding die daarvoor in Nederland zou worden gegeven. En die vergoeding kan dus op nul gesteld worden, volgens het nieuwe artikel 13 Zvw.

Van de Gronden heeft overtuigend betoogd dat deze argumentatie niet af te leiden is uit de richtlijn zelf, die immers bepaalt dat de toepassing van de terugbetalingsregeling niet mag leiden tot willekeurige discriminatie of ongerechtvaardigde belemmeringen van het vrij verkeer, en uit de jurisprudentie van het Hof.²⁴ Een argument dat hij niet noemt is, dat een richtlijn de werking van een arrest van het Hof niet kan beperken. Immers als de richtlijn dit al zou beogen, dan zal de richtlijnbeveling de toets aan het (door het Hof) uitgelegde artikel 56 VWEU niet doorstaan. Arresten van het Hof hebben declaratoire werking en artikel 56 gaat vóór op secundaire wetgeving. Nu Uniewetgeving aan het Verdrag getoetst kan worden, zullen Nederlandse rechters zeer voorzichtig moeten zijn met de toepassing van het nieuwe artikel 13 Zvw.

De discussie kreeg een merkwaardige wending doordat de Hoge Raad in de zaak CZ/Momentum²⁵ oordeelde dat het 'hinderpaalcriterium' *niet* is af te leiden uit het arrest Müller-Fauré.²⁶ De zaak betreft de werking van het nog niet gewijzigde artikel 13 Zvw. Door de HR wordt aangenomen dat het 'hinderpaalcriterium' in artikel 13 Zvw voortvloeit uit het uitgangspunt van de minister en het parlement dat de vergoeding niet dusdanig laag mag zijn dat dit een belemmering vormt voor de toegankelijkheid van niet-gecontracteerde zorg. Dat kleurt zijn uitleg van artikel 13 Zvw inclusief hinderpaalcriterium. Vervolgens constateert de HR dat de richtlijn niet tot een ander oordeel noopt en dat deze niet aan de weg staat van het hanteren van het 'hinderpaalcriterium'. De HR erkent expliciet dat zijn uitleg van Müller-Fauré strookt met de het standpunt van de regering met betrekking tot het schrappen van het hinderpaalcriterium. Daarover oordeelt de HR niet, omdat een maatschappelijke en politieke discussie woedt, waarvan de uitkomst nog niet vaststaat.

Het arrest is bijzonder om twee redenen. Primair is het merkwaardig dat de HR constateert dat Müller-Fauré er niet aan in de weg staat dat niet-gecontracteerde zorg niet vergoed hoeft te worden. Dit blijkt uit rechtsoverweging 3.5.8. Op zichzelf is het juist dat het 'hinderpaalcriterium' niet letterlijk in Müller-Fauré is opgenomen. Wie echter Müller-Fauré integraal leest ziet ook dat het een lidstaat niet is toegestaan om geen enkele vergoeding te verstrekken voor een behandeling in het buitenland als geen toestemming voor die behandeling is gegeven. Weliswaar mocht het ziekenfonds in die zaak de vergoeding voor de behandeling in het buitenland beperken tot hetgeen Müller-Fauré in Nederland zou hebben gekregen

24 Van de Gronden, op cit. noot 22, p. 9-11.

25 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 r.o. 3.5.6.

26 Zie noot 16.

(hetgeen aanmerkelijk lager was dan het betaalde bedrag); daaruit kan niet worden afgeleid dat Nederlandse ziektekostenverzekeraars behandelingen van (niet-gecontracteerde) buitenlandse behandelaars niet hoeven te vergoeden. Voor zover dit binnen Nederland wordt toegestaan, kan dit niet voor behandelingen in andere EU-lidstaten gelden, omdat dan nog steeds het vrij verkeer van diensten belemmerd wordt. Het Hof overweegt daaromtrent in r.o. 103:

‘In de tweede plaats (...) verliest een medische verstrekking niet de hoedanigheid van dienstverrichting doordat hij wordt betaald door een nationaal ziektekostenverzekeringsorgaan of volgens een naturastelsel wordt verleend. Het Hof heeft in dit verband met name geoordeeld dat een in een lidstaat verleende en door de patiënt betaalde medische verstrekking niet buiten de werkingssfeer van het door het Verdrag gewaarborgde vrij verrichten van diensten komt te vallen enkel op grond dat om vergoeding van die verstrekking wordt gevraagd krachtens wettelijke bepalingen inzake de ziektekostenverzekering van een andere lidstaat, die hoofdzakelijk verstrekkingen in natura kent (...). Zoals in (...) het onderhavige arrest reeds is vastgesteld, vormt juist het vereiste van voorafgaande toestemming om in aanmerking te komen voor vergoeding van de behandeling, de belemmering van het vrij verrichten van diensten, dat wil zeggen van de mogelijkheid voor een patiënt om zich tot de behandelaar van zijn keuze te wenden in een andere dan de lidstaat van inschrijving.’

Uit deze overweging blijkt dat de *inrichting* van het nationale stelsel niet tot een ongerechtvaardigde belemmering van het vrij verkeer van diensten mag leiden. En het niet vergoeden van niet-gecontracteerde behandelaars in het buitenland is een belemmering, omdat daarmee het toestemmingsvereiste gewoon weer wordt ingevoerd.

Daarnaast is het merkwaardig dat de HR over de interpretatie van Müller-Fauré geen prejudiciële vragen heeft gesteld. Nu kan worden betoogd dat dit niet nodig was, omdat het geschil kon worden opgelost aan de hand van het Nederlandse recht; de uitleg van artikel 13 Zvw werd gebaseerd op de destijds ingenomen standpunten van minister en parlement, maar waarom is deze eigen interpretatie van Müller-Fauré dan überhaupt niet buiten het arrest gelaten. Nu is er een uitleg van een arrest van het Hof door de hoogste Nederlandse rechter, waarvan de juistheid zeer betwistbaar is. Zolang er nog discussie is waarin die interpretatie een rol speelt, kan de verwarring over die uitleg alleen maar toenemen.

Tenslotte bracht de Raad van State op 22 oktober 2014²⁷ een spoedadvies uit waarin hij op basis van een andere redenering ook tot niet-strijdigheid van de

27 Advies W.13.14.0531/III/Vo.

wijziging van artikel 13 Zvw met de richtlijn concludeert. De Raad van State baseert dit op de keuze die de verzekerde heeft tussen verschillende polissen, waarvan de restitutiepolis in elk geval garandeert dat zorg niet gebonden is aan een contract tussen verzekeraar en zorgaanbieder. Daarnaast meent de Raad van State dat artikel 13, tweede lid, Zvw, dat wel vergoeding biedt bij acute zorg wanneer behandeling bij een gecontracteerde aanbieder niet is gegarandeerd, wanneer het contact met de zorgaanbieder is beëindigd maar de behandeling niet, of wanneer de zorgverzekeraar niet tijdig heeft bekendgemaakt wie hij gecontracteerd heeft, voldoende is, alsmede dat de nieuwe artikelen 13aa en 13a Zvw verzekeren garanderen dat voor eerstelijnszorg alsmede verpleging en verzorging zonder verblijf in een instelling, de huidige situatie blijft bestaan, in elk geval als gevolg heeft dat het resultaat van de richtlijn wordt bereikt. Wel signaleert de Raad de spanning tussen de richtlijn en artikel 13 met betrekking tot de vergoedingen voor extramurale zorg in het buitenland.²⁸

De Raad miskent, net als de wetgever en de Hoge Raad, dat de richtlijn bedoeld is om het grensoverschrijdend patiëntenverkeer te vergemakkelijken, niet om dit te bemoeilijken. De Raad neemt het functioneren van het Nederlandse stelsel het uitgangspunt, terwijl vanuit artikel 288 VWEU geredeneerd, het Nederlandse stelsel het resultaat van de richtlijn maar moet realiseren, ongeacht zijn inrichting. Dit betekent Europeesrechtelijk gezien dat Nederland aan de eigen ingezetenen naturaverzekeringen mag laten opleggen, waarin geen vergoeding wordt betaald voor niet-gecontracteerde zorg, zolang Nederland maar garandeert dat zorg in het buitenland onder de voorwaarden van de richtlijn vergoed wordt. En dat doen de artikelen 13 e.v. Zvw niet.²⁹

Voor wat betreft de vraag of richtlijn 2011/24 of de Dienstenrichtlijn van toepassing is op zorgactiviteiten, hetgeen sinds 1 januari 2015 een rol speelt bij de Wmo 2015 is het arrest Femarbel³⁰ van belang. Dit arrest adresseert de kwestie of centra voor dagopvang onder de Dienstenrichtlijn³¹ vallen, voor zover deze centra aangepaste ondersteuning en verzorging verstrekken bij het verlies van autonomie van de bejaarden. Is dit een dienst van de gezondheidszorg of een sociale dienst. Eenzelfde vraag wordt gesteld voor centra voor nachtopvang die bejaardenhulp en gezondheidszorg verstrekken waarvoor hun naastbestaanden niet voortdurend kunnen instaan. Diensten van de gezondheidszorg en sociale diensten die

28 Inmiddels heeft de Eerste Kamer het wetsvoorstel verworpen. Op 6 februari 2015 heeft minister Schippers haar nieuwe plan uiteengezet in de Kamerbrief over verbetering en betaalbaarheid zorg. Daarin zijn geen specifieke plannen voor grensoverschrijdende zorg opgenomen.

29 Op 26 november 2014 heeft de Commissie informatie gevraagd betreffende artikel 13 Zvw.

30 HvJEU 11 juli 2013, zaak C-57/12, ECLI:EU:C:2013:517 (Femarbel).

31 Rl. 2006/123, Pb. 376, p. 36.

aan bepaalde voorwaarden voldoen zijn uitgezonderd van de toepassing van de Dienstenrichtlijn.

Het Hof oordeelt dat diensten van de gezondheidszorg diensten betreffen die rechtstreeks en specifiek met menselijke gezondheid te maken hebben en dus geen activiteiten betreffen die louter bedoeld zijn om het welbevinden te vergroten of ontspanning te bieden zoals sport- of fitnessclubs. Het Hof sluit daar aan bij richtlijn 2011/24 dat gezondheidszorg omschrijft als ‘gezondheidsdiensten die door gezondheidswerkers aan patiënten worden verstrekt om de gezondheidstoestand van deze laatsten te beoordelen, te behouden of te herstellen, waaronder begrepen het voorschrijven en het verstrekken van medische hulpmiddelen.’ Hoewel deze definitie een andere is dan die van de Dienstenrichtlijn, beoogt het Hof de beide definities op elkaar te laten aansluiten, zodat de van de Dienstenrichtlijn uitgesloten gezondheidsdiensten in elk geval onder Rl. 2011/24 vallen.

Met betrekking tot de uit de Dienstenrichtlijn uitgesloten sociale diensten oordeelt het Hof dat deze diensten aan twee cumulatieve voorwaarden moeten voldoen: te weten de aard van de uitgeoefende activiteiten (hulp en bijstand aan bejaarden die wegens een volledig of gedeeltelijk gebrek aan onafhankelijkheid permanente of tijdelijke bijzondere behoeften hebben en gevaar lopen te worden gemarginaliseerd) en de status van de verrichter van de diensten. Deze kan de staat zelf zijn of een liefdadigheidsinstelling die als zodanig door de staat is erkend of door een door de staat gemachtigde particuliere dienstverrichter.

Voor Nederland is dit arrest van groot belang voor de zorg die met de Wmo2015 is overgedragen aan gemeenten. Immers als deze activiteiten moeten worden aangemerkt als dienst van de gezondheidszorg, vallen zij onder Rl. 2011/24 ongeacht wie hem uitvoert. Moeten deze activiteiten echter als sociale dienst in de zin van de Dienstenrichtlijn worden aangemerkt, en de gemeenten gaan deze diensten inkopen (eventueel door middel van een aanbesteding), dan vallen zij binnen de werkingssfeer van de Dienstenrichtlijn, nu de status van de dienstverleners niet voldoet aan de definitie van de Dienstenrichtlijn om onder de uitzondering te vallen. Daarop kom ik hieronder terug.

2.2 *Verticale integratie*

Een wetsvoorstel dat eveneens de aandacht trok in het licht van het vrij verkeer betreft het beoogde verbod van verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders.³² Het beoogt een wijziging van de Wmg, waarin zorgverzekeraars verplicht worden de mate van zeggenschap in zorgaanbieders openbaar te maken alsmede hun financiële belangen. Voorts wordt in het toekomstige artikel

32 *Kamerstukken I 2013/14*, 33 362, (bevat tevens de wijziging van artikel 13 Wzv).

49 Wmg zorgverzekeraars verboden, behoudens ontheffing, zelf zorg of diensten als bedoeld bij of krachtens artikel 11 Zvw of artikel 6 of 44 AWBZ aan te bieden en direct zeggenschap te hebben over een zorgaanbieder die zorg of andere diensten als bedoeld in genoemde wetsartikelen aanbiedt. Ontheffing kan tijdelijk worden verleend op beperkte gronden, namelijk indien deze voor de aanvrager noodzakelijk is om aan zijn zorgplicht op grond van de Zvw of AWBZ te voldoen, of indien de aanvrager aannemelijk maakt dientengevolge in staat te zijn vernieuwingen in het aanbod of de levering van zorg of overige diensten in de zin van Zvw of de AWBZ teweeg te brengen.

Onmiddellijk werd in reacties gesteld dat vanuit Europeesrechtelijk oogpunt de regeling niet haalbaar zou zijn. De Europese Commissie constateerde dat het verbod een beperking van het vrij verrichten van diensten en het recht op vestiging zou kunnen vormen.³³ Het Rapport Baarsma³⁴ stelt dat het verbod bijvoorbeeld meebrengt dat zorgverzekeraars en zorgaanbieders die in een andere lidstaat verticaal geïntegreerd zijn, zich niet kunnen vestigen in Nederland en hier geen zorg- of verzekeringsdiensten kunnen aanbieden. Ook kan bijvoorbeeld een buitenlands ziekenhuis dat structureel onder invloed staat van een Nederlandse zorgverzekeraar geen diensten aanbieden in Nederland. Volgens het rapport is de maatregel niet te rechtvaardigen en disproportioneel.

De regering signaleert deze knelpunten eveneens, maar acht in de MvT de regeling gerechtvaardigd, omdat zij geschikt en noodzakelijk is voor het te bereiken doel, te weten het voorkomen van het risico dat een zorgverzekeraar die een zorgaanbieder controleert keuzes afdwingt die niet in het belang zijn van de patiënt. Wanneer verticale integratie op grote schaal zijn intrede zou doen, zou dat de doorontwikkeling naar een meer vraaggericht stelsel kunnen belemmeren en de patiënt zou zijn vertrouwen in de onafhankelijkheid van de zorgverzekeraar kunnen verliezen. Ook beoordeelde de regering de maatregel als proportioneel, omdat een minder beperkende maatregel niet voor handen zou zijn geweest.

De Raad van State stelt dat het verbod *als geheel* niet proportioneel is.³⁵ Hij toetst de proportionaliteit aan de wijze waarop de zorg wordt verleend: een zorgverzekeraar met een 'eigen instelling' die zorg in natura verleent aan eigen verzekerden, een zorgverzekeraar met 'eigen instelling' die zorg verleent aan andere dan

33 O.m. N.J.E.G. Cremers, 'Verticale integratie, geen noodzaak en disproportioneel', *PS Documenta* 2013/34; zie ook Eindrapport commissie verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders, 29 mei 2009, p. 61-64. Hierover is voorts veel gepubliceerd. Zie o.m. E.H.R. Loozen, F.T. Schut, M. Varkevisser, 'Verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders', *M&M* 2011, p. 5 t/m 13.

34 Zie noot 34.

35 Advies W.13.12.0079/III van 30 juli 2012.

de eigen verzekerden, een zorgverzekeraar met een 'groepsinstelling' die zorg verleent op basis van een restitutiepolis of in natura aan eigen verzekerden en de zorgverzekeraar met een 'groepsinstelling' die zorg verleent op basis van een restitutiepolis of in natura aan andere dan de eigen verzekerden. Alleen voor deze laatste categorie acht de Raad van State het verticale integratieverbod relevant. Voor de eerste twee categorieën is hij van mening dat het toezicht op de activiteiten van het toezicht op het verzekeringsbedrijf door DNB voldoende is om te bezien of de activiteiten binnen het zorgverzekeringsbedrijf passen, en de naleving op het verbod tot nevenbedrijf te verzekeren. Voor de derde categorie meent de Raad van State dat de verzekerde zich voldoende op de hoogte kan stellen van de polisvoorwaarden en, wanneer die hem niet zinnen, van verzekeraar kan wisselen. Alleen voor de vierde categorie kan er volgens de Raad sprake zijn van een onvoldoende transparant inkoopproces, met name voor de andere dan de eigen verzekerden. Ook dan moeten de voordelen van het totaalverbod op verticale integratie afgewogen worden tegen de nadelen ervan. Overigens geeft de Raad voor de laatste twee categorieën toe dat de mogelijkheid tot wisselen van verzekeraar een theoretisch gegeven is.

Hoewel het advies goed is doordacht, lijkt mij de koppeling van de vraag naar de proportionaliteit van de maatregel aan de wijze waarop de zorginstellingen behorende bij een zorgverzekeraar zorg aanbieden niet helemaal de juiste invalshoek. Nu het gaat om een beperking van het recht op vestiging, het vrij verkeer van diensten en (eventueel) het vrij verkeer van kapitaal, lijkt mij een invalshoek die beziet of een volledig integratieverbod als disproportioneel moet worden aange merkt, terwijl eventueel met een partieel integratieverbod naar sectoren zorgaanbieders kan worden volstaan, een betere manier om de proportionaliteit te beoordelen. Ik kan mij namelijk voorstellen dat een integratieverbod tussen zorgverzekeraars en (grote) ziekenhuizen inderdaad gewenst is vanuit de noodzaak tot onafhankelijkheid van de zorgaanbieder. Tegelijkertijd lijkt mij dat een volledig integratieverbod dat het onmogelijk maakt dat een zorgverzekeraar in een buitengebied waar, pakweg, betrekkelijk moeizaam huisartsenzorg te verkrijgen is, een huisartsenpraktijk opricht en (mogelijk ten dele) financiert, toch wel als disproportioneel moet worden gezien, zeker als de tijdelijke ontheffing geen soelaas biedt. Kortom een volledig integratieverbod is waarschijnlijk disproportioneel terwijl een integratieverbod tussen zorgverzekeraars en specifieke zorgaanbieders mogelijk wel te rechtvaardigen valt.

Daarnaast lijkt mij het toezicht van DNB niet voldoende om het volledige integratieverbod tot proportioneel te bestempelen. DNB houdt vanuit een ander oogpunt toezicht op het verzekeringsbedrijf dan het patiëntenbelang. De ervaring leert dat het toezicht op maatregelen waar zeggenschap van een bepaalde zorgaanbieder in een andere zorgaanbieder geweerd tracht te worden, zonder dat er van een verbod sprake is, niet erg effectief is. Hierbij denk ik aan artikel 11 Besluit geneesmiddelenwet dat het verbod op rechtstreekse of indirecte samenwerking

tussen geneesmiddelenvoorschrijvers en apothekers bevat. Dit verbod vloeit eveneens voort uit de gedachte dat (financiële) belangenverstrengeling ten nadele van de patiënt kan werken. Toch wordt artikel 11 Bg maar mondjesmaat gehandhaafd door de toezichthouders, en ook rechters zijn geneigd het verbod pas te handhaven wanneer er problemen zijn, terwijl het nu juist als preventieve maatregel is geformuleerd.³⁶

2.3 *Onwillige verzekerden*

Naast deze beoogde wetwijzigingen had de Zvw ook een direct effect op de positie van de verzekerden. De verplichting voor burgers om verzekerd te zijn op basis van de Zvw, ook als zij buiten Nederland hun woonplaats hebben, viel niet bij iedereen even goed.

Burgers die verplicht zijn verzekerd in een sociaalzekerheidsstelsel hebben langjarig hun heil gezocht bij het Europese recht op vrij verkeer, om de mogelijkheid te krijgen zich anders te verzekeren dan hun wetgever voor ogen had.

Sedert het arrest Van Schijndel en Van Veen³⁷ hebben verplicht verzekerden meermalen gepoogd om aan de verplichte aansluiting bij een sociaal zekerheidsstelsel (i.c. een beroepspensioenregeling) te ontkomen met een beroep op het Unierecht, zowel op het vrij verkeer van diensten als het mededingingsrecht. Van Schijndel en Van Veen strandden op het feit dat pas in cassatie een beroep was gedaan op het VWEU, waarop het Hof, kort gezegd, oordeelde dat een lijdelijke civiele rechter niet verplicht was het EU-recht ambtshalve toe te passen.

Hoewel de meeste zaken de status van sociale zekerheidsinstellingen in het mededingingsrecht betreffen, doen verzekerden ook een beroep op het vrij verkeer. In Kattner Stahlbau³⁸ kwam naast de mededingingsrechtelijke aspecten van een verplichte verzekering ook de vraag aan de orde of in het kader van een sociaal zekerheidsstelsel het vrij verkeer van diensten mag worden beperkt.

Het Hof verwierp het argument van de Commissie en de Duitse regering dat er geen sprake van schending van het vrij verkeer van diensten kan zijn, omdat, nu het stelsel gekwalificeerd is als sociale zekerheid, de lidstaten de bevoegdheid hebben behouden voor de inrichting zorg te dragen. Dit zou inhouden dat daaruit een verplichting tot verzekeren voortvloeit. Die verplichting is overigens wel

36 Zie o.m. Rb. Utrecht, 13 maart 2009, ECLI:RBUTR:2009:BH5901; Rb. Rotterdam, 2 augustus 2006, ECLI:RBROT:2006:AY6469; Rb. Den Haag, 27 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW4283, JGR 2012, afl. 2, m.nt. Lisman.

37 HvJEU 14 december 1995, zaken C-430/93 en C-431/93, ECLI:EU:C:1995:441.

38 HvJEU 5 maart 2009, zaak C-350/07, ECLI:NL:XX:2009:BH6031, AB 2009/101 m. nt. E. Steyger.

geaccepteerd in de arresten *Commissie vs. België*³⁹ en *Poucet en Pistre*.⁴⁰ Het Hof stelt echter dat de verplichtstelling van de verzekering alleen betrekking heeft op de financiering van het stelsel. Om die reden oordeelt het Hof dat de lidstaten bevoegd zijn de voorwaarden tot verplichtstelling vast te stellen, maar dat deze bevoegdheid wordt beperkt door het vrij verkeer van diensten. Verplichtstelling als voorwaarde om als sociale zekerheid te worden aangemerkt lijkt daarmee uitgesloten.⁴¹

De belemmering van het vrij verkeer van diensten is in casu dat het wettelijke verzekeringsstelsel beoogt zowel een minimale dekking te geven, als risico's te dekken die ook door particuliere verzekeraars niet volgens het solidariteitsbeginsel werken worden gedekt. Als het stelsel uitsluitend minimale dekking zou geven zou er geen probleem zijn, omdat aanvullende verzekeringen dan op de markt zouden kunnen worden gesloten en het verzekeren binnen het stelsel niet interessant zou zijn voor particuliere verzekeraars.⁴² Nu dit niet het geval is zullen particuliere verzekeraars uit andere lidstaten zich niet snel op de markt voor aanvullende verzekeringen begeven. Omgekeerd vormt de ruime dekking een belemmering voor bedrijven in Duitsland om zich te verzekeren bij verzekeraars in andere lidstaten. De rechtvaardiging voor de aansluitingsplicht is desalniettemin te vinden in het financiële evenwicht van de sociale zekerheidstak, aangezien anders ondernemingen met een jong personeelsbestand zich elders zouden verzekeren en de Berufsgenossenschaften zouden achterblijven met de slechte risico's.

Ook Nederland heeft zijn onwillige verzekerden. Na de invoering van de Zorgverzekeringswet (Zvw) bleken Nederlandse onderdanen die in andere EU-lidstaten wonen en op 1 januari 2006 een AOW of een WAO uitkering ontvingen en vóór die datum een particuliere verzekering hadden het niet eens te zijn met de gevolgen van het stelsel.⁴³

Hun status veranderde namelijk toen de Zvw in werking trad. De Zvw is op grond van artikel 5 jo. artikel 97 Vo. 1408/71 aangemeld bij de Voorzitter van de Raad van de Europese Gemeenschappen en is hierdoor onder het toepassingsbereik van Vo. 1408/71 gebracht. De gepensioneerden vielen voor die tijd niet onder de Ziektenfondswet; zij waren particulier verzekerd. Ingevolge de Zvw zijn de gepensioneerden door het College voor Zorgverzekeraars (thans Zorginstituut Nederland) als verdragsgerechtigden in de zin van Vo 1408/71 aangemerkt en hebben zij recht op zorg in hun woonland, ten laste van Nederland (het pensioenland).

39 HvJEU 18 mei 2000, zaak C-206/98, ECLI:EU:C:2000:256 (*Commissie vs België*).

40 HvJEU 17 februari 1993, gev. zaken C-159/91 en C-160/91, ECLI:EU:C:1993:63.

41 HJvEU 26 maart 1996, zaak C-238/94, ECLI:EU:C:1996:132 (*Garcia*).

42 HvJEU 22 mei 2003, zaak C-355/00, ECLI:EU:C:2003:298 (*Freskot*).

43 Ook HvJEU 10 oktober 2013, zaak C-321/12, ECLI:NL:XX:2013:136, (*Van der Helder en Farrington*), *BNB* 2014/1 m. nt. P. Kavelaars.

Voor dit recht op zorg is een bijdrage verschuldigd, die wordt ingehouden op het Nederlandse pensioen. De hoogte van de bijdrage is gerelateerd aan de gemiddelde zorgkosten in het woonland gedeeld door de gemiddelde uitgaven voor zorg per verzekerde in Nederland (de woonlandfactor). Dit is een gevolg van de uitspraak van de rechtbank Den Haag van 31 maart 2006.⁴⁴ Door de toepassing van deze woonlandfactor betalen betrokkenen een buitenlandbijdrage, gedifferentieerd naar woonland, zodat evenredigheid ontstaat tussen de bijdrage en het niveau van zorg dat aan de gepensioneerden wordt geboden in het woonland. De gepensioneerden hebben een E-121 formulier ontvangen om zich te laten inschrijven bij het (sociale verzekerings-)orgaan van de woonplaats. In alle gevallen is de particuliere verzekering door de verzekeringsmaatschappij per 1 januari 2006 opgezegd.

Het gevolg van deze statusverandering was dat het inkomen van de gepensioneerden daalde, terwijl zij, in plaats van gebruik te maken van de verplichte sociale zekerheidsvoorzieningen in hun woonland, veel liever hun particuliere verzekering wilden behouden. Een argument daarvoor was dat het sociale zekerheidsvoorzieningsniveau in het woonland onvoldoende was.

De rechtbank Amsterdam verklaarde hun beroepen tegen de besluiten van Cvz ongegrond op 31 januari 2008⁴⁵. De rechtbank oordeelde dat Verordening 1408/71 geen keuzerecht behelst voor verzekerden. Ongeacht of betrokkenen zich wel of niet inschrijven bij het buitenlandse 'ziekenfonds' is het Cvz bevoegd om de buitenlandbijdrage in te houden op het AOW-pensioen. Verder oordeelde de rechtbank dat zowel de Verordening als de Zvw geen strijd opleveren met het vrij verkeer van werknemers dan wel het Unieburgerschap. Volgens de rechtbank kon, nu de gepensioneerden een bijdrage betalen waarvoor zij rechten kunnen doen gelden op een tegenprestatie en in het woonland geen bijdrage voor de ziektekosten verschuldigd zijn, én de woonlandfactor de evenredigheid van de bijdrage waarborgt, de Zvw niet worden gekwalificeerd als een relevante belemmering van het vrije verkeer. Tot slot oordeelde de rechtbank dat de hoogte van de buitenlandbijdrage niet in strijd was met het gelijkheidsbeginsel en het verbod op willekeur.

In beroep stelde de CRvB prejudiciële vragen aan het Hof.⁴⁶ Met betrekking tot het keuzerecht beperkte de CRvB zich tot de kwestie of op grond van Vo. 1408/71 een verplichting bestaat om gebruik te maken van hetgeen in feite aan de gepensioneerden als recht wordt aangeboden. Kortom, laat de tekst van de artikelen 28, 28bis en 33 Vo. 1408/71 toe dat gepensioneerden hun eigen zaken regelen en de

44 ECLI:NL:RBSGR:2006:AV7778.

45 ECLI:NL:RBAMS:2008:BC3432.

46 CRvB 26 augustus 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BJ5891.

vrijheid hebben om zich niet bij de sociale zekerheidsinstelling in het woonland te melden.

Het Hof oordeelde dat de onder de artikelen 28 en 28bis van verordening nr. 1408/71 vallende rechthebbenden op een pensioen wegens het feit dat die bepalingen in een dwingende regeling voorzien er niet voor kunnen kiezen af te zien van hun recht op verstrekkingen in hun woonstaat door zich niet in te schrijven bij het bevoegde orgaan van die lidstaat. Verzuim om zich in te schrijven heeft niet tot gevolg dat zij geen bijdragen hoeven te betalen in de lidstaat die hun pensioen verschuldigd is. Zij blijven immers ten laste van deze staat doordat zij zich niet aan de regeling van genoemde Verordening kunnen onttrekken.⁴⁷

De tweede vraag van de Centrale Raad was of het vrij verkeer belemmerd (in de zin van artikel 45 VWEU dan wel artikel 21 VWEU (het Europees burgerschap)) werd door het financiële nadeel dat door de gepensioneerden geleden wordt, alsmede door de verplichting gebruik te maken van het stelsel van sociale zekerheid in het woonland. Het Hof stelde vast dat het begrip werknemer van artikel 45 VWEU niet noodzakelijkerwijs samenvalt met het begrip werknemer in Vo. 1408/71 en dat gepensioneerden niet kunnen worden geacht werknemer te zijn in de zin van artikel 45, nu zij in het woonland nooit beroeps werkzaamheden hebben verricht en nooit op zoek zijn geweest naar werk. Kortom, artikel 45 VWEU was niet van toepassing.

Voorts oordeelde het Hof dat artikel 21 VWEU als zodanig niet in de weg staat aan de Zwz zoals deze nu is vormgegeven (dus de inhouding op pensioenen is gerechtvaardigd, ook al staat de gepensioneerde niet ingeschreven bij het orgaan van de lidstaat), maar wel wanneer de regeling een ongerechtvaardigd verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen teweegbrengt voor wat betreft het behoud van de globale dekking tegen ziektekosten die ingezetenen en niet-ingezetenen hadden op basis van vóór de inwerkingtreding van die wettelijke regeling gesloten verzekeringsovereenkomsten. Het gevolg daarvan zou immers kunnen zijn dat rechthebbenden op pensioen, verschuldigd krachtens de Nederlandse wetgeving, worden ontmoedigd hun woonplaats in een andere lidstaat dan Nederland aan te houden.

Op dit laatste punt moest de CRvB⁴⁸ dus nog een oordeel vellen. Het deed dit door te toetsen aan drie punten die het Hof in zijn uitspraak nadrukkelijk naar voren had gebracht:

47 HvJEU 14 oktober 2010, zaak C-345/09, ECLI:EU:C:2010:610 (Van Delft).

48 CRvB 13 december 2011, ECLI:NL:CRVB:2011:BU7125.

- ‘– Bevat de nationale wetgeving een bepaling op grond waarvan verzekeringsovereenkomsten die voor de inwerkingtreding van de Zvw door ingezetenen met in Nederland gevestigde verzekeringsmaatschappijen waren gesloten, eveneens en op dezelfde wijze van rechtswege zijn geëindigd als bij niet-ingezetenen? Zo ja, heeft deze beëindiging van rechtswege dan voor ingezetenen en niet-ingezetenen dezelfde gevolgen?
- Geldt de in de nationale wetgeving voor in Nederland gevestigde verzekeringsmaatschappijen neergelegde acceptatieplicht voor de basisverzekering en de aanvullende verzekering(en) gelijkelijk voor ingezetenen en niet-ingezetenen?
- Is sprake van een verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen dat niet uit de nationale wetgeving voortvloeit, maar dat wel (anderszins) is teweeggebracht door de Nederlandse regering? Hierbij is in het bijzonder van belang of de betrokken verzekeringsmaatschappijen op verzoek van de Nederlandse regering zich ertoe hebben verbonden ervoor te zorgen dat de uit de voor de inwerkingtreding van de Zvw gesloten verzekeringsovereenkomsten voortvloeiende globale dekking behouden bleef en, zo ja, of die verbintenis alleen gold ten aanzien van ingezetenen of ook ten aanzien van niet-ingezetenen.’

Het Hof had benadrukt dat een verschil in behandeling tussen ingezetenen en niet-ingezetenen dat door de Nederlandse regering is teweeggebracht en met haar medewerking door de verzekeringsmaatschappijen ten uitvoer is gelegd, niet aan het verbod van artikel 21, eerste lid, VWEU ontsnapt op de enkele grond dat het niet berust op besluiten die rechtens bindend waren voor die maatschappijen. Ook handelingen van organen van de lidstaten die geen bindende kracht hebben, kunnen het gedrag van ondernemingen beïnvloeden en tot gevolg hebben dat het doel van artikel 21 VWEU niet wordt bereikt. Indien met een door verzekeringsmaatschappijen aanvaarde tariefpraktijk uitvoering wordt gegeven aan een door de Nederlandse regering vastgelegd ‘politiek’ akkoord dat ertoe strekt, te waarborgen dat de globale dekking alleen voor ingezetenen, met uitsluiting van niet-ingezetenen, behouden blijft, is dat het geval.

De CRvB constateert dat ten aanzien van de eerste onderzoeksvraag er weliswaar kleine verschillen zijn geweest in het beëindigen van de verzekeringen tussen ingezetenen van Nederland en ingezetenen van andere lidstaten, maar dat deze verwaarloosbaar zijn. Ook met betrekking tot de noodzaak tot het sluiten van nieuwe aanvullende verzekeringen meent de Raad dat daar geen wezenlijke verschillen zijn geweest tussen ingezetenen en niet-ingezetenen.

Met betrekking tot de tweede vraag stelt de CRvB dat het Hof abusievelijk heeft aangenomen dat de acceptatieplicht zowel voor de basis- als voor de aanvullende verzekering geldt. Voorts overweegt hij dat niet-ingezetenen net als ingezetenen via de basisverzekering zijn verzekerd voor het basispakket in het woonland en dat daar dus geen verschil is tussen de beide categorieën. Opvallend is dat de procedure nu juist was gestart omdat de gepensioneerden bezwaar hadden tegen de inhouding op hun pensioenen, terwijl zij ontevreden waren met het woonlandpakket. Het niet-benadelen van niet-ingezetenen mag dan juridisch wel juist zijn, maar feitelijk lag daar juist het probleem.

Voorts achtte de Raad het van belang dat in het kader van het overgangsrecht in artikel 2.5.2 van de IZvw juist wel een acceptatieplicht ligt besloten, die zowel voor ingezetenen als voor niet-ingezetenen gold. Bestaande overeenkomsten werden immers uitsluitend van rechtswege beëindigd voor zover zij samenvielen met het pakket van de basisverzekering respectievelijk met het woonlandpakket. Voor het overige bleven zij in stand. Daaruit vloeit voort dat ook indien een nadere overeenkomst of een nieuwe aanvullende overeenkomst wordt gesloten, de verzekeraar de betrokkene die op 31 december 2005 verzekerd was, voor het niet van rechtswege vervallen gedeelte van de overeenkomst niet mag weigeren. Op dit punt oordeelt de Raad overgangsrecht zelfs gunstiger dan het nieuwe stelsel.

Tenslotte adresseerde de Raad het bezwaar dat met de zorgverzekeraars slechts een globale dekking was overeengekomen, waarbij de minister had afgedwongen dat deze ingevuld zou worden met redelijke voorwaarden die niet slechter zouden zijn dan voor de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet. Deze waarborg gold niet voor niet-ingezetenen. Het gevolg was dat niet-ingezetenen nieuwe aanvullende verzekeringen moesten afsluiten tegen zeer ongunstige voorwaarden wegens leeftijd en gezondheidstoestand. Volgens de appellanten had de minister zich in dit verband onvoldoende ingespannen ten opzichte van de verzekeraars.

De Raad komt na een uitgebreide analyse tot de conclusie dat de minister zich wel voldoende heeft ingespannen, maar dat er in individuele gevallen sprake kan zijn van een ongelijke behandeling tussen niet-ingezetenen en ingezetenen. Ook noteerde de Raad dat het wegvallen van de in de Wtz 1998 neergelegde solidariteitsomslag voor de basisverzekering ertoe kon leiden – dat in die gevallen waarin het woonlandpakket een geringere dekking bood dan de standaardpakketpolis, de vermindering van het personele draagvlak in zoverre een premieverhogend effect heeft gehad op de – dan – aanvullende verzekering. Volgens de Raad was dit echter inherent aan het stelsel, en deze verzekerden werden verwezen naar de burgerlijke rechter.

Kortom ook Nederland houdt zijn onwillige verzekerden, omdat voor hen een beroep op het vrij verkeer niet mocht baten nu het stelsel belangrijker bleek te

zijn. De vraag waarom ontgaat mij eerlijk gezegd, want ik kan mij niet voorstellen dat wanneer gepensioneerden zich willen verzekeren bij verzekeraars in het woonland, dit, gezien hun aantal, problemen zou opleveren voor het stelsel. Weliswaar biedt Vo. 1408/71 geen keuzerecht, en heeft aanmelding van het stelsel als een sociaal zekerheidsstelsel de verplichte bijdrage dus als neveneffect; de wetgever had voor deze groep een aparte regeling kunnen maken, nu hun situatie fundamenteel verschilt van ingezetenen.

2.4 *Het ontmantelen van de AWBZ en de voorzieningen in de Wmo*

Een grote verandering in het stelsel vormt de overgang van een aantal diensten die langjarig via de AWBZ werden verleend, naar enerzijds Wlz-uitvoerders op basis van de Wet langdurige zorg (Wlz)⁴⁹ en anderzijds naar de gemeenten in het kader van de Wet maatschappelijke ondersteuning 2015 (Wmo2015).⁵⁰ Daarmee wordt een knip gemaakt tussen medische dienstverlening en sociale zorg die strikt genomen géén medische dienstverlening is.

De Wlz bevat een verzekering voor langdurige zorg, terwijl de Wmo2015 voorzieningen biedt. Het verschil tussen beide is de mate waarin een recht op zorg bestaat. Over de uitwerking van het verschil valt op dit moment (februari 2015) nog weinig te zeggen. Het recht op zorg in de Wlz wordt in beginsel in natura verstrekt en mag volgens artikel 3.3.5 alleen worden geleverd door zorgaanbieders die gevestigd zijn in Nederland. Voor levering van zorg in andere lidstaten geldt dat dit alleen kan met toestemming van de uitvoerder, wanneer de zorg niet of niet tijdig in Nederland kan worden geleverd. De vraag is, indachtig Rl. 2011/24, of deze bepaling houdbaar zal blijven.

De Wlz-uitvoerder contracteert zorgaanbieders en koopt dus zorg in. De minister kwalificeert slechts deze kant van de activiteiten van de Wlz-uitvoerder als economische activiteiten; de overige activiteiten zijn volgens de minister sociale activiteiten die niet in concurrentie worden uitgeoefend.⁵¹ De inkoop van zorg kwalificeert zij als een dienst van algemeen economisch belang (DAEB). Artikel 4.2.2, zevende lid, Wlz bepaalt dat Wlz-uitvoerders kunnen worden aangewezen die een DAEB uitvoeren. Even los van deze tegenstrijdigheid, merk ik op dat de vraag of een dienst een DAEB is getoetst kan worden onder artikel 106 VWEU. De kwalificatie door de Wlz is dus niet absoluut.

Voor de Wmo2015 geldt ook dat het Europese recht invloed kan hebben. Gemeenten zullen zorg gaan inkopen door middel van een aanbesteding. Vooralsnog is dit overigens niet noodzakelijk: weliswaar zijn sociale diensten geen DAEB; onder

49 Stb. 2014, 494.

50 Stb. 2014, 280.

51 Nader rapport inzake de Wlz, W13.13.0417/III.

de richtlijn die in elk geval nog in 2015 van kracht is, zijn het wel diensten in de zin van bijlage 2 bij Rl. 2004/18 (de Algemene aanbestedingsrichtlijn). Daarop is het aanbestedingsrecht beperkt van toepassing. Na inwerkingtreding van de nieuwe aanbestedingsrichtlijn (Rl. 2014/24) zal wel moeten worden aanbesteed wanneer de opdracht de drempelwaarde van € 750.000,00 te boven gaat. Artikel 2.6.4 Wmo2015 bevat voor aanbestedingen extra regulering, waarin is voorgescreven dat een zodanige aanbesteding uitsluitend mag worden gedaan met als gunningcriterium de economisch meest voordelige inschrijving (EMVI) waarbij in ieder geval het criterium kwaliteit wordt opgenomen. Het enkel gunnen op het criterium laagste prijs is verboden.⁵² Dit is een loffelijk streven, maar het is de vraag of deze wettelijke bepaling onder het geldende regime van Rl. 2004/18 voor alle inkopen is toegestaan. De richtlijn biedt aanbestedende diensten de keus tussen beide gunningcriteria, en de wetgever mag de richtlijn niet verplichtend beperken.⁵³ Wanneer Rl. 2014/24 in werking treedt heeft artikel 2.6.4 meer overlevingskans, omdat deze de nationale wetgever de mogelijkheid biedt om op specifieke beleidsterreinen de keuze van de aanbestedende dienst voor het gunningcriterium laagste prijs te beperken.

Gemeenten kunnen gezamenlijk inkopen binnen een gemeenschappelijke regeling en daarmee kosten besparen. Dit is in zichzelf een geaccepteerde vorm van efficiënt inkopen, maar heeft ook risico's. Het gezamenlijk inkopen moet namelijk wel een écht gezamenlijk inkopen zijn. Wanneer in een gemeenschappelijke regeling één dominante gemeente functioneert die, vanwege de omvang en de bijdrage, praktisch de volledige zeggenschap over de inkopen heeft, en de andere minder dominante gemeenten de zorg afnemen van de dominante gemeente kan dit als een verboden inbesteding worden gekwalificeerd. Zoals gezegd: diensten in het kader van de Wmo zijn geen DAEB. Zij zijn op de markt verkrijgbaar. Het Hof van Justitie heeft geoordeeld dat publiekrechtelijke overeenkomsten waarbij zonder aanbesteding diensten worden afgenomen door een overheid van een ander overheidsorgaan, terwijl die diensten ook op de markt kunnen worden verworven, een schending van de aanbestedingsrichtlijnen opleveren.⁵⁴ Het feit dat het in die uitspraken om overeenkomsten ging en een gemeenschappelijke regeling een publiekrechtelijk karakter heeft, doet niet ter zake. De aanbestedingsrichtlijnen worden functioneel uitgelegd.

52 Ook mag de prijs niet zo'n hoge wegingfactor meekrijgen, dat feitelijk het criterium 'laagste prijs' geldt; zie Rb. Gelderland, 24 januari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:454.

53 HvJEU 3 april 2008, zaak C-346/06, ECLI:EU:C:2008:189 (Rüffert); Zaak C-549/13, ECLI:EU:C:2014:2235 (Bunderdruckerei); zie ook E. Steyger, 'De Aanbestedingswet 2012 en de richtlijnen: hand in hand?', *Ars Aequi* 2014, 6.

54 HvJEU 19 december 2012, zaak C-157/11, ECLI:EU:C:2012:148 (AZL); HvJEU 13 juni 2013, zaak C-386/11, ECLI:EU:C:2013:385 (Piepenbrock).

Wanneer de Wmo2015-zorg niet verleend wordt door een door de gemeente aangewezen instelling, maar wordt ingekocht, is, zoals bleek uit paragraaf 2.1 de Dienstenrichtlijn op de Wmo-activiteiten van toepassing. De Dienstenrichtlijn bevat voorschriften voor lidstaten die betrekking hebben op de eisen die gesteld mogen worden aan de toegang en de uitoefening voor een dienstverrichtend beroep. Bedoeling van de richtlijn is het grensoverschrijdend dienstenverkeer én het recht van vestiging van dienstverrichters aanmerkelijk te vereenvoudigen en aldus te stimuleren.

Zo staat artikel 9 Dienstenrichtlijn lidstaten alleen toe vergunningstelsels in te stellen indien dit gerechtvaardigd is door dwingende redenen van algemeen belang. Artikel 10 Dienstenrichtlijn bevat de eisen die lidstaten mogen stellen aan de vergunningsvoorwaarden, als een vergunningstelsel in de zin van artikel 9 Dienstenrichtlijn is toegestaan. Deze voorwaarden zijn: a) niet-discriminatoir; b) gerechtvaardigd om een dwingende reden van algemeen belang; c) evenredig met die reden van algemeen belang; d) duidelijk en ondubbelzinnig; e) objectief; f) vooraf openbaar bekendgemaakt; g) transparant en toegankelijk. Artikel 10 van de richtlijn is niet omgezet in de Dienstenwet.⁵⁵

Artikel 3.1 van de Wmo2015 bevat zelf een bepaling die voorschrijft dat de voorziening die aanbieders van Wmo-diensten leveren van goede kwaliteit is, en geeft enige criteria waaraan de voorziening moet voldoen. Het gaat hier om betrekkelijk algemene eisen, die volgens mij geen beperking opleggen in de zin van de Dienstenrichtlijn. Ook de eis betreffende een Verklaring omtrent het gedrag uit artikel 3.5 Wmo2015 is vermoedelijk wel in overeenstemming met de richtlijn. Wel kan op basis van artikel 3.1 derde lid, Wmo2015 de Amvb-gever nadere eisen aan de aanbieders stellen, waarvan het van de invulling zal afhangen of ze voldoen aan artikel 10 Dienstenrichtlijn. Als die nadere eisen een beperking opleveren die materieel tot een vergunningstelsel gaan leiden, dan zullen de eisen aan de criteria van de richtlijn getoetst moeten worden.

De wet lijkt voornamelijk de toets aan de Dienstenrichtlijn te doorstaan, maar het is niet uitgesloten dat, nu zoveel verantwoordelijkheid aan de gemeenten wordt overgelaten, met name daar de risico's terechtkomen. Immers de gemeenten moeten het gehele traject van inkopen van zorg tot het verstrekken van de aangevraagde voorzieningen doorlopen. De gemeenteraden moeten op grond van artikel 2.1.2 van de Wmo2015 een plan opstellen met betrekking tot het door de gemeente te voeren beleid, dat moet worden uitgewerkt in een verordening waarin de gemeenten in elk geval onder meer moeten opnemen op basis van welke criteria de cliënten voor een voorziening in aanmerking komen en welke

55 Zie M.R. Botman, 'De Dienstenwet: dekt de vlag de lang? Pleidooi voor een verder omzetting van de Dienstenrichtlijn', *NtER* 2010, p. 109-116.

eisen worden gesteld aan de kwaliteit van de voorzieningen, waaronder begrepen eisen aan de deskundigheid van de beroepskrachten. Daarbij is de kans aanwezig is dat gemeenten eisen gaan stellen die niet in het algemeen belang zijn of niet evenredig met het beoogde doel. Daarnaast moet beseft worden dat cliënten ook onder de Dienstenrichtlijn vallen, en dat zij evenmin mogen worden gediscrimineerd naar nationaliteit of verblijfplaats, bij de toegang tot voorzieningen.

Dit laatste kan relevant zijn in het kader van het probleem van de toegang tot de rechter. Om in aanmerking te komen voor een maatwerkvoorziening moet een melding worden gedaan waarop een 'keukentafelgesprek' wordt gevoerd, dat leidt tot een verplicht onderzoek, naar de persoonlijke situatie, inclusief het sociale netwerk van de melder. Daarin kan de gemeente verlangen met personen uit dit sociale netwerk in contact te worden gebracht, aangezien de burger zelf inzichtelijk moet maken dat zijn netwerk voor het verrichten van nuttige activiteiten voldoende is ingezet. Zoals Vermaat⁵⁶ stelt, kan er in dit onderzoek behoorlijk veel druk op dat netwerk worden uitgeoefend. Echter een mededeling dat het resultaat geen aanleiding geeft tot het verstrekken van een maatwerkvoorziening wordt niet als besluit in de zin van de Awb aangemerkt. Daarvoor moet eerst een aanvraag worden gedaan op basis van artikel 2.3.5 Wmo2015, en dat kan pas weer nadat het onderzoek naar aanleiding van de melding heeft plaatsgevonden.

Nu gaat het hier om een maatregel zonder onderscheid tussen ingezetenen. Maar de praktijk kan weerbarstig zijn. Wat wanneer burgers om welke reden dan ook hun sociale netwerk niet willen inzetten en het onderzoek niet plaatsvindt? Wat voor rechtsbescherming wordt geboden wanneer er een maatwerkvoorziening wordt geweigerd, wanneer de meldende burger naar de mening van de gemeente zonder gegronde redenen medewerking aan het onderzoek heeft geweigerd. Is er dan überhaupt toegang tot de rechter? Want wordt in zo'n geval de aanvraag niet afgewezen om de enkele reden dat het bedoelde onderzoek niet heeft plaatsgevonden? Dit zijn Europeesrechtelijk wezenlijke vragen, omdat de burger simpelweg recht heeft op toegang tot de rechter om zijn aan het VWEU ontleende rechten geldend te maken. Nu de Dienstenrichtlijn op de activiteiten van de gemeente van toepassing is, is dit een relevante vraag.

3 Tussenconclusie ten aanzien van het vrij verkeer

Hoewel dit bij de introductie van het nieuwe stelsel misschien niet verwacht werd, blijkt het stelsel niet Europaproof te zijn, wanneer het aan de toets van de bepalingen betreffende het vrij verkeer van personen en diensten onderworpen

56 M. Vermaat, 'Maatwerk in het Wetsvoorstel maatschappelijke ondersteuning 2015', *NJB* 2014, p. 1374-1379.

wordt. Weliswaar oordeelden het Hof van Justitie en het CRvB gezamenlijk de bezwaren van de onwillige gepensioneerde verzekerden weg, waardoor zij in het stelsel moesten blijven; de vraag is of het oordeel van de CRvB ten aanzien van individuele gevallen houdbaar is.

Ook de maatregelen die worden genomen ten aanzien van het grensoverschrijdend patiëntenverkeer, zowel in de Zvw als de Wlz staan op gespannen voet met de toenemende vrijheden onder het VWEU en de daaronder hangende secundaire regelgeving.

Tenslotte lijkt de nieuwe Wmo2015 in zichzelf wel Europaproof te zijn, maar worden de risico's pas na inwerkingtreding zichtbaar, wanneer de gemeenten invulling geven aan de wet. Het is maar de vraag of zij voldoende inzicht hebben in de Europese aspecten van de aan gezondheidszorg gerelateerde zorg, met name in het licht van de Dienstenrichtlijn, om zeker te zijn dat de ongewenste juridisering⁵⁷ zal worden voorkomen.

4 Mededinging

De bezwaren tegen de invoering van een hybride stelsel kwamen primair uit de hoek van de mededingingsjuristen. Hun niet onlogische conclusie was, dat wanneer zorgverzekeraars als ondernemingen moeten gaan concurreren, zij ook behandeld moeten worden als ondernemingen. Dus enerzijds zouden hen geen verplichtingen moeten worden opgelegd voor de basisverzekering, aan de andere kant zouden zij ook niet moeten kunnen terugvallen op een vereveningsfonds.

In SMA in 1994⁵⁸ heb ik betoogd dat de vraag of een stelsel met concurrerende verzekeraars acceptabel zou zijn afhankelijk is van de vraag of er sprake is van socialezekerheid. Vervolgens oordeelde het Hof van Justitie steeds vaker dat een zekere mate van concurrentie niet afdeed aan het socialezekerheidskarakter van bepaalde stelsels.⁵⁹ Die jurisprudentie was gekoppeld aan de vraag of de uitvoerders als onderneming gekwalificeerd moesten worden, hetgeen niet het geval was.

Inmiddels zijn een aantal zaken uitgekristalliseerd. Dat het Nederlandse stelsel als geheel als een sociaal zekerheidsstelsel onder Vo. 1408/71 kwalificeert is aan-

57 Vermaat, op cit. noot 54.

58 E. Steyger, op cit. noot 5.

59 HvJEU 22 januari 2002, zaak C-218/00, ECLI:EU:C:2002:36 (INAIL); HvJEU 16 maart 2004, gevoegde zaken C-264/01, C-306/01, C-354/01 en C-355/01, ECLI:EU:C:2004:150 (AOK).

genomen in Van Delft.⁶⁰ Dit zegt echter nog niets over de status van de uitvoerders. Daarvoor moet de uitvoerder zelf getoetst worden aan elementen als in hoeverre het solidariteitsbeginsel wordt uitgevoerd, en hoe indringend het overheids-toezicht op de uitvoerders is.⁶¹

Dat zorgverzekeraars in Nederland hoogstwaarschijnlijk aan te merken zijn als ondernemingen belast met het verrichten van een dienst van algemeen economisch belang (DAEB) in de zin van artikel 106, tweede lid, VWEU valt af te leiden uit de jurisprudentie op het gebied van pensioenfondsen.⁶² Deze status vrijwaart de onderneming van de toepasselijkheid van het VWEU en meer specifiek van de mededingingsregels voor de zover dit voor het uitvoeren van de taak van algemeen belang noodzakelijk is. Ook de Europese Commissie meent dat zorgverzekeraars een DAEB uitvoeren.⁶³ Een definitieve uitspraak is er nog niet. Overigens is deze status uit onverwachte hoek onder vuur komen te liggen, namelijk in het kader van het aanbestedingsrecht. Op 19 juni 2014 oordeelde de voorzieningenrechter Zeeland-West-Brabant dat zorgverzekeraar CZ moet worden aangemerkt als aanbestedende dienst. Op zichzelf betekent dit overigens niet dat CZ daarmee geen onderneming is; alleen dat zij tevens als publiekrechtelijke instelling in het kader van de Aanbestedingswet 2012 en richtlijn 2004/18 moet worden beschouwd.⁶⁴

De voorzieningenrechter achtte de marktvoorwaarden waaronder zorgverzekeraars actief zijn, namelijk de maar zeer beperkte concurrentie waaronder zij werken doorslaggevend. Het feit dat premiedifferentiatie verboden is en er een acceptatieplicht is, alsmede dat de inhoud en de omvang van de te leveren prestaties bij wet bepaald zijn, de bestuursrechtelijke gegarandeerde inning van de premies de bevoegdheid van het Zorginstituut om namens onverzekerden een zorgverzekering af te sluiten, het vereveningssysteem, het gebrek aan het dragen van economisch risico, en het feit dat verzekerden maar mondjesmaat wisselen van verzekeraar wijzen er op dat er niet gesproken kan worden van een normale markt-

60 Zie noot 47.

61 HvJEU 3 maart 2011, zaak C-437/09, ECLI:EU:C:2011:112 (Beaudout) Zie ook: E. Steyger, Pensioenfondsen, het kartelverbod en de kwalificatie van hun activiteiten, in T.W.B. Beukers, H.J. van Harten en S. Prechal (eds), *Het recht van de Europese Unie in 50 klassieke arresten*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2010.

62 HvJEU 21 september 1999, zaak C-67/96 ECLI:EU:C:1999:430 (Albany); HvJEU 21 september 1999 gevoegde zaken C-115/97 en C-117/97 ECLI:EU:C:1999:434 (Brentjens); HvJEU 21 september 1999, zaak C-219/97, ECLI:EU:C:1999:437 (Drijvende Bokken); HvJEU 12 september 2000, gevoegde zaken C-180/98 t/m C-184/98, ECLI:EU:C:2000:428 (Pavlov).

63 Besluit van de Europese Commissie van 3 mei 2005, zaak N 541/2004 en N 542/2004.

64 ECLI:NL:RBZWB:2014:4205.

situatie en dus niet van normale concurrentie. Het vonnis lezend lijkt het erop dat de voorzieningenrechter geneigd is CZ te kwalificeren als een ouderwets ziekenfonds. Tegen de uitspraak is hoger beroep ingesteld, waarin Zorgverzekeraars Nederland en Achmea zijn tussengekomen⁶⁵ en de Nederlandse Stomavereniging, FHI en NEFEMED zijn gevoegd aan de zijde van Hollister.⁶⁶

De kwalificatie als aanbestedende dienst ontnemt zorgverzekeraars niet de status van onderneming in het mededingingsrecht, maar geeft wel te denken. Is het wel zo zeker dat de zorgverzekeraars ondanks artikel 122 Zvw in Europa wel als onderneming zullen worden aangemerkt?

Tot dusver is het mededingingsrechtelijke toezicht op het stelsel overwegend uitgeoefend door de nationale toezichtsautoriteiten ACM (voorheen NMa) en NZa. Daar zal ik niet uitgebreid op ingaan omdat de bijdrage van Joris Rijken dit behandelt.

In deze bijdrage zal primair gekeken worden of de Europese mededingingsrecht het Nederlandse stelsel kan beïnvloeden en hoe Nederlandse rechters en bestuurders daarmee omgaan. Tevens wordt ingegaan op de mededingingsrechtelijke positie van regiomaatschappen. Voorts wordt bezien of staatssteun verstrekt verleend mag worden aan zorgaanbieders of zorgverzekeraars in moeijkheden.

4.1 *Zorg is anders: het Nederlandse stelsel en het EU-recht*

Toen stemmen opgingen dat EU-recht invloed zou hebben op de eventuele hervormingen van het zorgstelsel naar een concurrentieel stelsel, was de reactie bij beleidsmakers en politici: 'Nee, op een zorgstelsel is het EU-recht niet van toepassing'.⁶⁷ Tot dusver heeft de toets in hoeverre het zorgstelsel aan het Europese recht onderworpen is nog niet plaatsgevonden. Dat komt primair omdat rechters het beleid van de NZa niet aan die toets hebben willen onderwerpen.

De eerste zaak waar het EU-recht een rol speelde betrof het preferentiebeleid ten aanzien van medicijnen. Daarin kwam de vraag aan de orde of de NZa een maatregel in de zin van artikel 48 Wmg mocht opleggen, een ex-ante concurrentiebeperkende sanctie maatregel dus, die alleen opgelegd mag worden aan zorgaanbieders met een machtspositie.⁶⁸ De vraag betreffende het EU-recht was relevant omdat de NZa niet had gesteld dat de desbetreffende apotheek misbruik gemaakt had van zijn machtspositie.

65 ECLI:NL:GHSHE:2014:2804.

66 Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 28 oktober 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:4470.

67 Zie ook HR 11 juli 2014 ECLI:NL:HR:2014:1646.

68 CBB 7 juni 2012, ECLI:NL: CBB:2012:BW7731(Apotheek Breskens).

De zaak betrof twee voorlopige voorzieningen en een bodemprocedure.⁶⁹ In de eerste voorlopige voorziening kwam de werking van het EU-mededingingsrecht niet aan de orde en deed de voorzieningenrechter de zaak af op basis van Nederlands recht.⁷⁰ In de tweede voorlopige voorziening⁷¹ en in de bodemzaak betoogde de apotheek dat, nu vanwege vestiging en klantenbestand de zaak een (tenminste potentieel) grensoverschrijdend element bevatte, artikel 102 VWEU van toepassing was. Dit artikel verbiedt niet het hebben van een machtspositie, maar alleen het maken van misbruik van machtspositie, hetgeen niet was gesteld of aangetoond. Artikel 102 VWEU heeft voorrang op artikel 48 Wmg, dat dus niet zou mogen worden toegepast. De voorzieningenrechter uitte, onder verwijzing naar het advies van de Raad van State bij het wetsontwerp Wmg⁷² zijn twijfel over de houdbaarheid van het AMM-besluit van de NZa, maar stelde, niet onlogisch gezien de spoed van de procedure, geen prejudiciële vragen.

In de bodemzaak oordeelde CBB, zonder prejudiciële verwijzing, dat er geen beïnvloeding van de tussenstaatse handel plaatsvond. Daarmee achtte het artikel 102 VWEU niet van toepassing en werd de apotheek door die bepaling dus niet beschermd. Het CBB achtte beïnvloeding van de tussenstaatse handel niet aanneemelijk, omdat het niet sluiten van een overeenkomst met zorgverzekeraars geen grensoverschrijdend effect kon hebben, aangezien deze gedraging betrekking heeft op de in Nederland opererende verzekeraars. Dat deze verzekeraars verzeerden bedienen met een andere nationaliteit leek het CBB niet relevant, evenmin als het feit dat in Vlaanderen woonachtige Nederlanders een beroep doen op deze apotheek. Daarmee liet het CBB de langjarige jurisprudentie van het Hof ten aanzien van potentieel grensoverschrijdende beïnvloeding van de interstatelijke handel buiten beschouwing en beoordeelde zij de gedraging van de apotheek in een zeer beperkt licht.⁷³ De uitspraak komt er voorsnog op neer dat zolang de gedragingen van de spelers binnen het stelsel zich op het Nederlandse grondgebied afspelen, ongeacht feitelijke en potentiële effecten, een zuiver interne situatie wordt aangenomen.⁷⁴ Dit beperkt de invloed van het VWEU aanzienlijk.

In een tweede zaak die een klacht bij de NZa van enkele huisartsen in Castricum betrof werd zorgverzekeraar UVIT beticht van het maken van misbruik van machtspositie omdat zij geen onderhandelingen wilde voeren maar alleen een

69 De eerlijkheid gebiedt te vermelden dat ik advocaat van de apotheek was in de tweede voorlopige voorzieningszaak en de bodemprocedure.

70 CBB 12 mei 2012, ECLI:NL:CBB:2010:BM4260.

71 CBB 19 september 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BT2699.

72 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr. 4, blz 3.

73 E. Steyger, *Vrij verkeer en mededinging: de interne situatie*, *SEW* 2014, p. 66-74.

74 Wiggers acht dit een juiste interpretatie van artikel 102 VWEU, zie M. Wiggers, *de Nma en de NZa in de curatieve zorgsector*, Kluwer, Deventer, p. 313.

standaardcontract wilde aanbieden.⁷⁵ Zij verzochten de NZa een maatregel in de zin van artikel 48 Wmg op te leggen. Het NZa weigerde dit op grond van haar prioriteringsbeleid en weigerde eveneens onderzoek te doen naar de machtspositie van UVIT. Appellanten hadden overigens geen expliciet beroep op artikel 102 VWEU gedaan.

Ook hier zag het CBB geen aanleiding om artikel 102 VWEU toe te passen of hierover prejudiciële vragen te stellen aan het Hof van Justitie. Onder verwijzing naar zowel de eigen uitspraak van 24 november 2009⁷⁶ inzake een klacht bij de NMa van mondhygiënist, waarin zij oordeelde dat een ononderhandelbaar contract geen verstoring van de markt opleverde en de NMa dus niet verplicht was nader onderzoek te doen, als naar een uitspraak van de Hoge Raad van 8 april 2005⁷⁷ dat het mededingingsrecht er niet in aan de weg staat dat een ziektekostenverzekeraar niet onderhandelbare aanbiedingen deed, oordeelde het CBB ook hier dat er geen omstandigheden waren om een nader onderzoek naar de AMM van UVIT te bevelen. Opvallend genoeg wordt de claim van misbruik van machtspositie, waardoor artikel 102 VWEU wel degelijk in het geding kwam, buiten beschouwing gelaten. Dit is des te opmerkelijker omdat het Europese mededingingsrecht van openbare orde wordt geacht te zijn.⁷⁸

De uitspraken van het CBB vallen moeilijk te duiden. Wel is helder dat bij de minister en de NZa het verlangen leeft om het Europese recht buiten de deur te houden. Dit blijkt met enige regelmaat uit de redeneringen die bij deze bestuursorganen (of hun werknemers) worden gehanteerd. In paragraaf 2.1 is dit beschreven voor het nieuwe artikel 13 Zvw. Voor wat betreft de toepassing van de Wmg op regiomaatschappen is door een paar werknemers van de NZa in een publicatie op persoonlijke titel een manier van kijken aangegeven die het Europese recht eveneens buiten de deur houdt.⁷⁹

Zij signaleren het probleem van de medisch specialisten die zich verenigen in ziekenhuisoverstijgende maatschappen. Deze, menen zij, leiden tot een toename van de marktmacht. Volgens de auteurs hebben regiomaatschappen zowel voor- als nadelen, waarbij zij met name het risico van slechtere betaalbaarheid en geringere

75 CBB 1 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:180.

76 ECLI:NL:CBB:2009:BK5722.

77 ECLI:NL:HR:2005:AS2706.

78 HvJEU 1 juni 1999, zaak C-126/97, ECLI:EU:C:1999:269 (Eco Swiss) punten 36 en 39; HvJEU 13 juli 2006, e.a., C-295/04–C-298/04, ECLI:EU:C:2006:461 (Manfredi), punten 31 en 39; HvJEU 4 juni 2009, zaak C-8/08, ECLI:EU:C:2009:343 (Mobiële operators), punt 49. Deze arresten hebben betrekking op artikel 101 VWEU; voor artikel 102 VWEU geldt waarschijnlijk hetzelfde.

79 R.R. Croes, M. Duman, M. Mikkers, 'Regiomaatschappen in de zorg', *M&M*, 2014, p. 15-25.

toegankelijkheid als nadeel zien. Om te zorgen dat regiomaatschappen hun toegenomen macht niet kunnen misbruiken moet er mededingingstoezicht op uitgeoefend worden, zowel door de ACM als door de NZa. Zij signaleren echter het probleem dat de ACM alleen de ziekenhuizen kan aanspreken omdat deze verantwoordelijk zijn voor de gedragingen van de maatschappen, nu de gedragingen daarvan aan de ziekenhuizen kunnen worden toegerekend. Dit is alleen anders, wanneer de regiomaatschappen mededingingsbeperkende afspraken maken buiten medeweten van de ziekenhuizen. Immers dan valt de ziekenhuizen niets te verwijten. Alleen, dan is het toezicht op de regiomaatschappen mogelijk onvoldoende, zo begrijp ik de auteurs, en in elk geval ex post. Het voorkomen van concurrentiebeperkende afspraken binnen een regiomaatschap is dus niet mogelijk.

Vervolgens bezien de auteurs de mogelijkheid om artikel 48 Wmg toe te passen, en concluderen dat dat moeilijk is. Immers, regiomaatschappen zijn wel aan te merken als ondernemer maar niet als zorgaanbieder in de zin van de Wmg. Het gevolg is dat optreden op basis van artikel 48 Wmg alleen mogelijk is als er sprake is van een collectieve machtspositie. En daar strijden de opvattingen dat een regiomaatschap als één onderneming moet worden aangemerkt, maar niet als zorgaanbieder met elkaar. Volgens de auteurs is er immers geen sprake van een collectieve machtspositie als één onderneming een machtspositie heeft, maar is er al evenmin sprake van een zorgaanbieder in de zin van de Wmg. Dat levert op dat NZa geen ex-ante maatregel op kan leggen.

Hun oplossing is het begrip zorgaanbieder zo uit te leggen, dat medisch specialisten die deel uitmaken van een regiomaatschap op basis van een collectieve AMM kunnen worden aangesproken, wanneer zij gezamenlijk over een machtspositie op de relevante markt beschikken. Daarnaast menen zij dat het zorgaanbiedersbegrip in de Wmg zou moeten worden uitgebreid naar een maatschap. Deze creatieve oplossingen zorgen er voor dat de NZa de regiomaatschap, die een machtspositie inneemt ex ante een maatregel opgelegd kan krijgen.

Hier komt natuurlijk toch weer de problematiek van de voorrang van het Unierecht om de hoek kijken. Wanneer de regiomaatschap een onderneming is die valt onder het Europese ondernemingsbegrip (daar is geen discussie over), dan geniet zij de bescherming van de artikel 102 VWEU. Dit betekent dat wanneer de regiomaatschap met haar handelen de interstatelijke handel kan beïnvloeden, slechts een maatregel opgelegd kan krijgen wanneer zij misbruik maakt van haar machtspositie. Het enkele feit dat de specialisten die in de maatschap verenigd zijn kunnen worden aangemerkt als 'zorgaanbieder' volgens de interpretatie die de auteurs voorstaan doet daaraan niet af.

Een wel hanteerbare methode om het Europese mededingingsrecht buiten het stelsel te houden werd aangedragen door drie auteurs verbonden aan de Til-

burgse universiteit betreffende de risicoverevening.⁸⁰ Vanaf de introductie van het stelsel werd de risicoverevening gezien als een staatssteunrisico. Uit het BUPA-arrest⁸¹ en de Commissiebeschikking⁸² ten aanzien van Nederland bleek dat dit meevalt, maar genoemde auteurs vinden het toch een bezwaar dat het vereveningssysteem toetsbaar is door de Commissie, omdat de verevening via het Zorgverzekeringsfonds verloopt. Daarmee bestaat het risico dat de bijdragen uit het Zorgverzekeringsfonds als staatsmiddelen worden gekwalificeerd. Zij stellen een systeem voor waarbij het Zorgverzekeringsfonds in de verevening er tussen uit valt en de verzekeraars zelf de risicosolidariteit garanderen, doordat verzekeraars elkaar compenseren in plaats van dit via het Zorgverzekeringsfonds te laten lopen. Dat zou opleveren dat er in elk geval geen staatsmiddelen met de compensatie gemoeid zijn. Wel zien zij in dat een dergelijk systeem aan de eisen van het mededingingsrecht moet voldoen, maar zij menen dat nu de activiteiten als DAEB worden aangemerkt, de zorgverzekeraars vermoedelijk onder artikel 106, tweede lid, VWEU vallen.

Waar de rechter onverwacht het Europese recht wel invloed toekent op het zorgstelsel is in het aanbestedingsrecht, in de zaak CZ/Hollister.⁸³ Toegegeven, het gaat hier niet om mededingingsrecht pur sang, maar om het aanbestedingsrecht dat ingebed is in het vrij verkeer, maar, zoals uit de inleiding bij deze paragraaf bleek, is er dermate veel verwantschap met het mededingingsrecht dat een behandeling op deze plaats gerechtvaardigd is.

De kwalificatie door de rechtbank van CZ, en dientengevolge misschien wel alle zorgverzekeraars, als aanbestedende dienst kan een grote impact hebben op de wijze waarop het zorgstelsel wordt uitgevoerd. Waar nu zorgverzekeraars diensten en producten kunnen inkopen zonder enige mededinging in de inkoopprocedure, wordt dit, wanneer de uitspraak in beroep standhoudt, anders. Dit geldt minder voor de dienstverlening in de gezondheidszorg, die in elk geval voorlopig zal worden gekwalificeerd als dienst in de zin van bijlage 2B bij richtlijn 2004/18 en die onder de nieuwe richtlijn een speciale status heeft. Daarbij moeten wel de technische specificaties van de opdracht omschreven worden, maar hoeft, tenzij er een grensoverschrijdend belang is, geen Europese aanbesteding te worden uitgeschreven.⁸⁴ Dit ligt echter anders voor de inkoop van producten. Daarbij valt dan te denken aan het in de zaak omstreden stomamateriaal, maar ook aan de levering van medicijnen (die weliswaar door apothekers en niet door zorgver-

80 J. Boone, R. Halbersma, W. Sauter, 'Risicoverevening en staatssteun in het Nederlandse stelsel', *M&M* 2014, p. 8797.

81 GvEA 12 februari 2008, zaak T-289/03, ECLI:EU:T:2008:29.

82 Zie noot 63.

83 ECLI:NL:RBZWB:2014:4205, zie noot 61.

84 Hierover: E. Steyger op cit. noot 71.

zekeraars geschiedt, maar aangezien het gaat om distributie van goederen, niet onder de uitzondering van bijlage 2B van richtlijn 2004/18 valt).

Wat betekent dit voor de zorgverzekeraars? Primair dat zij de concurrentie bij de inkoop niet meer onderhands kunnen coördineren, maar deze zullen moeten regelen door middel van een aanbesteding, waarbij de inschrijvingscriteria openbaar, transparant en non-discriminatoir zijn. Dit betekent dat de zorgverzekeraars hun nu bestaande machtspositie niet meer kunnen gebruiken. Zodra zowel de inschrijvingscriteria als de wegingsfactoren transparant zijn is er voor de inschrijvers meer invloed uit te oefenen op de uitkomst van de aanbesteding. Tevens zullen grotere opdrachten in percelen moeten worden gesplitst om de markt open te houden voor verschillende aanbieders. Dit volgt uit het clusterverbod en het opdelingsgebod van artikel 1.5 Aanbestedingswet 2012. Voor een aantal producten zal dit niet meteen een probleem zijn: de zorgplicht vereist tenslotte dat de zorgverzekeraars de zorg op een toegankelijke plek moeten organiseren. Dat betekent dat de zorgverzekeraar een bepaald aantal apothekers zal moeten hebben op elke locatie. Wat wel zou kunnen is dat de zorgverzekeraars geneigd zullen zijn waar mogelijk met grotere ketens zaken te doen. Dat is in het kader van een aanbesteding eenvoudiger dan wanneer er met elke apotheek apart gecontracteerd moet worden.

Kortom de uitspraak, mocht deze in stand blijven, kan een grote, maar nog onduidelijke impact op de inkoopmarkt gaan hebben, die daardoor weleens radicaal kan veranderen.⁸⁵

5 Staatssteun: zorgaanbieders en zorgverzekeraars

Wanneer in een sociaal stelsel marktwerking wordt ingevoerd en de spelers als onderneming moeten worden aangemerkt, dan bestaat het risico dat zij op enig moment zich als zodanig gaan gedragen en het risico lopen de markt niet aan te kunnen. Op zichzelf is dat geen ramp; het behoort tot het functioneren van de markt. Maar als in een sociaal stelsel grote spelers dreigen om te vallen, zoals in de woningsector, dan blijkt dat die markt toch niet goed werkt. Grote spelers mogen niet failliet gaan vanwege het ontwrichtende effect op de economie.

In de zorgsector zijn er de nodige grote spelers bijgekomen. Fusies tussen ziekenhuizen vinden regelmatig plaats en worden niet, of zelden, voorkomen door de

85 Brief van de Minister van VWS van 18 juli 2014 aan de TK.

toetsende instantie. Daarop is nogal eens kritiek geuit.⁸⁶ Daarnaast zijn er weinig onafhankelijke zorgverzekeraars over. Het gevolg kan zijn dat wanneer een zorgverzekeraar in de problemen raakt een, met de woningbouwcorporaties vergelijkbare, systeemverstoring dreigt. Die angst is al uitgesproken door de directeur van één van de nog bestaande kleinere zorgverzekeraars.⁸⁷

In deze paragraaf wordt ingegaan op de problemen die kunnen ontstaan wanneer een zorginstelling of een zorgverzekeraar staatssteun nodig heeft. Voor een meer algemeen overzicht van staatssteunzaken, waarin begrepen de problematiek van het vereveningssysteem, verwijs ik naar de literatuur.⁸⁸

Voor zowel zorgaanbieders als zorgverzekeraars is, wanneer er steun verleend wordt, de primaire vraag of hun activiteiten geheel of gedeeltelijk als DAEB kunnen worden aangemerkt. In dat geval is het verdedigbaar dat de overheid een financiële bijdrage levert om deze activiteiten te continueren. Voor zorgaanbieders geldt dat in beginsel een deel van hun activiteiten gezien moeten worden als DAEB. Dit is uitgesproken door de Europese Commissie in haar besluit omtrent de IRIS-ziekenhuizen, betreffende staatssteun aan openbare ziekenhuizen te Brussel.⁸⁹ Tevens vloeit het DAEB-karakter voort uit Beschikking 2012/21⁹⁰ waarin is bepaald dat compensatie ten behoeve van het verrichten van medische diensten door ziekenhuizen, daaronder begrepen spoedeisende hulp, onder de werking van de beschikking valt, waardoor de compensatie vrijgesteld is van melding. De beschikking geldt echter niet voor alle activiteiten; ondersteunende activiteiten zoals onderzoek vallen er buiten.

Desalniettemin zijn er nog wel wat vragen over. In IRIS-ziekenhuizen⁹¹ oordeelde het Gerecht dat aan de eerste Altmarkvoorwaarde die ook in Beschikking 2012/21

86 M. Varkevisser, F.T. Schut, 'NMa moet strenger zijn bij toetsen ziekenhuisfusies', *ESB* 93(2008)4532, p. 196-199; M. Canoy, 'Zorgfusies: gekker moet het niet worden', *M&M* 2008/6, p. 191-192; M. Varkevisser, E.M.H. Loozen; F.T. Schut, 'Falend toezicht op ziekenhuisfusies brengt zorgstelsel in gevaar', *Me Judice* 3 december 2012; C.T. Dekker, 'Drijft het Nederlands mededingingsrecht af van het EU-recht?', *M&M* april 2014/02, 31-32 (redactioneel). Meer neutraal: W. Sauter, 'Sector specifieke mededingingsrecht en fusietoetsing', *RegelMaat* 2013/02, p. 77-93.

87 M. de Kruijff, Groei zorgverzekeraars verplicht staatssteun, zorgverzekering.net, 11 november 2013.

88 Y.A. Maasdam, P.A.M. Broers, 'Staatssteun in de zorgsector', *M&M* November 2011/05 p. 161-168.

89 Beschikking NN 54/2009. Ook J.W. van de Gronden, J.J.M. Sluijs, De betekenis van het EG-verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt, Pre-advies 2009, Gezondheidszorg en Europees recht.

90 Pb. 2012, L 7/3.

91 GvEU 7 november 2012, zaak T-137/10, ECLI:EU:T:2012:584.

staat, namelijk dat er een duidelijke omschrijving van de DAEB en dus ook van de opdracht aan de ziekenhuizen door de overheid was gegeven, nu de omschrijving van de DAEB was afgeleid uit de strategieplannen van de ziekenhuizen, deze niet als overheidshandelen kon worden aangemerkt. Daarmee was de vrijstelling van de steun geen gegeven.

In Nederland zijn ziekenhuizen evenmin 'belast' met een DAEB in de zin van de Beschikking. Dat betekent dat het zonder meer toekennen van (vrijgestelde) steun aan ziekenhuizen in moeilijkheden niet in de rede ligt. Immers, als marktpartijen dienen zij in beginsel zelfstandig te zijn. Door middel van artikel 56a Wmg is beoogd de bewuste steun wel mogelijk te maken indien dit in het algemeen belang noodzakelijk is. Dit artikel maakt mogelijk dat de NZa een beschikbaarheidsbijdrage geeft ten behoeve van de in artikel 1, onderdeel b, sub 1, Wmg bedoelde vormen van zorg, zodat de continuïteit gewaarborgd blijft. De toekenning kan op verzoek van een zorgaanbieder of zorgverzekeraar of ambtshalve of als een beleidsregel op grond van artikel 57 Wmg dit vordert. Deze beleidsregel kan een beleidsregel ter uitvoering van artikel 56a Wmg zijn, hetgeen de regeling betrekkelijk open maakt.

Om Europeesrechtelijke problemen te voorkomen bepaalt artikel 56a, zevende lid, Wmg, dat bij AMvB de minister en de NZa de bevoegdheid krijgen toegekend om zorgaanbieders aan te wijzen als uitvoerders van een DAEB. Dit is een merkwaardige constructie.

Zoals Maasdam c.s.⁹² stellen: nu de beschikbaarheidsbijdrage beoogt de continuïteit van de zorg te waarborgen zouden alleen zorgaanbieders die dit niet kunnen, kortom zorgaanbieders in moeilijkheden, aangewezen worden als ondernemingen die een DAEB verrichten. Zo'n aanwijzing zou ook nog tijdelijk zijn, want zodra zij er weer bovenop zijn, stopt uiteraard de beschikbaarheidsbijdrage. Hoewel toegegeven moet worden dat DAEB's niet gehouwen zijn in steen en in de loop der tijden kunnen wijzigen, lijkt het mij onwaarschijnlijk dat een tijdelijke aanwijzing vanwege een dreigende financiële ondergang een economische activiteit opens tot DAEB maakt.

Een andere oplossing zou zijn de diensten waarom het gaat wel nauwkeurig te omschrijven in een bestuursbesluit of en AMvB. Probleem is dan natuurlijk om welke diensten het gaat en op welk niveau dit omschreven moet worden. Daarnaast is dan weer onduidelijk waarom alleen instellingen in problemen een compensatie voor de desbetreffende diensten krijgen en de overige instellingen niet.

Voor zorgverzekeraars ligt de zaak nog iets ingewikkelder. In beschikking N541/2004 en N542/2004 met betrekking tot het risicovereveningssysteem constateerde

92 Zie noot 86, p. 167.

de Commissie dat ook zorgverzekeraars zijn aan te merken als ondernemingen die een DAEB verrichten. De Commissie kwam tot dit oordeel vanwege de bekende verplichtingen met betrekking tot de basisverzekering die aan zorgverzekeraars zijn opgelegd. Om die reden werd het vereveningssysteem acceptabel geacht. Maar wat nu als een zorgverzekeraar in problemen komt en hij additionele steun nodig heeft om zijn verzekerden van zorg te blijven voorzien?

Men kan denken dat, gezien de eisen betreffende solvabiliteit, zorgverzekeraars niet zo snel in de problemen zullen komen. Dit is een misvatting. Achmea moest al in 2008 gesteund worden.

In de jurisprudentie is, afgezien van de uitspraken betreffende de diverse risico-vereveningssystemen, geen oordeel over staatssteun aan ziektekostenverzekeraars te vinden. Uit een beschikking van de Europese Commissie⁹³ betreffende steun aan een openbare ziekteverzekeraar blijkt dat een beroep op het feit dat de steun werd gegeven vanwege de uitvoering van een DAEB al snel afstuit op de Altmarkvereisten. Het ging primair om een verhoging van het maatschappelijk kapitaal van de ziektekostenverzekeraar maar de klager breidde zijn klacht uit naar de aanvullende overheidsmaatregelen die de aflossing van schulden van de verzekeraar, de toekenning van een subsidie en een door de overheid gefinancierde kapitaalverhoging betroffen.

Het verweer van de Slowaakse overheid dat geen sprake was van economische activiteiten ging niet op. De Commissie betwijfelde tevens of de kapitaalverhogingen in overeenstemming waren met het beginsel van de particuliere marktinvesterder. Ook met betrekking tot de aflossing van de schulden kon de Commissie niet uitsluiten dat er een voordeel was verschaft. De vraag of de steun acceptabel was geweest wanneer wel aan de Altmarkvereisten was voldaan is overigens op basis van dit document niet te beantwoorden.⁹⁴ De maatregelen waren niet gemeld en het gevolg was dat de Commissie de formele onderzoekprocedure inleidde.

Uit het bovenstaande blijkt dat steunmaatregelen aan ziektekostenverzekeraars in moeilijkheden gemeld zullen moeten worden bij de Commissie om de verenigbaarheid met de interne markt te laten vaststellen. Dit verschilt overigens niet van de steun aan banken.

93 Steunmaatregel SA.23008 (2013/C) (ex 2013 NN) Pb. 2013 C278 p. 28.

94 Het document is alleen in het Slowaaks beschikbaar; deze samenvatting volgt de in het Nederlands gestelde inleiding.

6 De Unie en de nationale systemen

Tenslotte is er de vraag wat de Unie zelf aan plannen heeft voor bemoeienis met de systemen van gezondheidszorg in de lidstaten. Tot dusver is deze bemoeienis gering geweest en heeft zich beperkt tot Rl. 2011/24 betreffende grensoverschrijdend patiëntenverkeer. Hierin zijn wel een aantal bepalingen opgenomen over samenwerking, erkenning van elkaars recepten, referentienetwerken en samenwerking bij de evaluatie van gezondheidstechnologie, maar deze hebben nauwelijks invloed op het stelsel als zodanig.

Dat de inrichting van de stelsels met name een nationale aangelegenheid is wordt door zowel het Hof als de Commissie regelmatig benadrukt. Niettemin wordt er in de mededeling van de Commissie betreffende gezondheidsstelsels⁹⁵ een aanbeveling gedaan voor een Health systems performance assessment waarbij de bedoeling is dat er criteria gedefinieerd worden voor prioriteringsgebieden op nationaal en EU-niveau waarbij in het bijzonder aandacht besteed wordt aan de kwaliteit en de integratie van zorg. Deze HSPA zou ook voor een gedetailleerd rapportagesysteem moeten zorgdragen. Daarnaast wordt om de toegankelijkheid van de systemen te waarborgen gekeken naar de planning van de EU-healthworkforce, het kosteneffectieve gebruik van medicijnen en de optimale implementatie van richtlijn 2011/24.

Dit soort rapportages en beoordelingssystemen hebben vaak een informele invloed op terreinen die behoren tot de competentie van de lidstaten. Soms levert dit, zoals bij het hoger onderwijs, spontane harmonisatie op, waar geen Uniebevoegdheid aan te pas komt; daarnaast worden er sluipend maatregelen genomen die een steeds meer harmoniserend effect hebben. Dit leidt er vaak toe dat niemand meer weet waarom er eigenlijk geen EU-maatregel zou mogen komen. Alle reden om de voorgestelde survey systemen en hun effecten in de gaten te houden, dus.

7 Slotopmerkingen

Na zo'n 30 jaar van serieuze invloed van het EU-recht op stelsels van gezondheidszorg kan worden geconstateerd dat dit overwegend het gevolg is van de horizontale regels van Unierecht en niet het effect van weloverwogen acties van de Unie-wetgever of EU-beleidsmakers. En dit betekent heel simpel: het zijn de lidstaten die deze invloed over zich afroepen; veeleer dan dat het Unierecht zich op het terrein van de gezondheidszorg begeeft.

95 Mededeling van de Commissie van 4 april 2014 aangaande 'effective, accessible and resilient health systems' (COM(2014)215 final, p. 12.

Wanneer een lidstaat besluit om grensoverschrijdend patiëntenverkeer niet al te gemakkelijk te maken, of zijn spelers binnen het systeem dit toestaat, dan kan zo'n lidstaat er op rekenen dat ergens wel een dwarse patiënt is die gaat procederen met een beroep op het vrij dienstenverkeer of, nu, de patiëntenrichtlijn. Dat was al zo toen de Kohls, Deckers en Müller-Faurés hun zaken tot aan het Hof doorzetten, en dat zal, wanneer de kostenvergoedingen in het kader van artikel 13 Zvw of de Wlz voor naturaverzekeringen wordt stopgezet, weer gebeuren. Dit ligt echter niet aan acties vanuit Europa. Daar wordt alleen recht toegepast dat allang gold.

Hetzelfde geldt voor de bewegingen die binnen het stelsel worden gemaakt. Het allang bestaande mededingingsrecht oefent nu eenmaal invloed uit op gedragingen die de lidstaat poogt op te leggen aan de zorgverzekeraars voor zover het gaat om de uitvoering van het stelsel.

En dus impliceert de invoering van het stelsel in 2006 waarin concurrentie tussen zowel zorgaanbieders als zorgverzekeraars niet alleen werd toegelaten maar zelfs werd beoogd, dat de lidstaat uitsluitend nog invloed kan uitoefenen binnen de parameters van het Unierecht. Soms wordt dit gemitigeerd doordat de diensten die die spelers uitoefenen van zodanig algemeen belang worden geacht, dat ze het verzachte Europeesrechtelijke regime mogen volgen, maar de lidstaat kan dit niet autonoom bepalen. Hoewel de lidstaten nog een marge hebben om te bepalen wat zij van algemeen belang achten is dit toetsbaar: door de Commissie, het Gerecht, het Hof en, ook al lijken ze dat soms te vergeten, de nationale rechters.

Deze constatering zou moeten leiden tot een andere wijze van beleid en regelgeving maken. Op dit moment is mijn indruk dat de Nederlandse beleidsmakers en wetgever voornamelijk bepalen wat zij aan beleid en regelgeving wenselijk achten om het stelsel van gezondheidszorg zo optimaal mogelijk te laten functioneren. Het Unierecht komt daar vervolgens als een stoorzender tussen. Een betere en effectievere methode om het Unierecht om te gaan is erop te anticiperen: wat kan het Unierecht voor onze plannen gaan betekenen en hoe kunnen we de randvoorwaarden van het Unierecht omschrijven. Maar dat vereist een heel andere houding ten aanzien van het Unierecht binnen het ministerie en door de actoren binnen het stelsel. Of die houding haalbaar is valt nog te bezien.

Deel 2

Concurrentie tussen zorgaanbieders: de klant is koning, maar wie is de klant?

mr. drs. J.J. Rijken¹

1 Joris Rijken is advocaat bij AKD te Amsterdam. Hij dankt Daniëlle Radder, Klaas Meersma en Bas van Schelven voor hun commentaar en Willemijn van der Wel voor haar uitstekende ondersteuning bij de voorbereiding van dit onderdeel.

1 Inleiding

De introductie van concurrentie is een belangrijk onderdeel van de stelselwijziging in de curatieve gezondheidszorg van 2005 en 2006. Concurrentie zou moeten plaatsvinden op twee niveaus: tussen zorgaanbieders en tussen zorgverzekeraars. De introductie daarvan zou moeten zorgen voor betere en goedkopere zorg.

Dit onderdeel van het preadvies onderzoekt, tien jaar na de introductie ervan, de juridische 'staat van het stelsel' vanuit de invalshoek van deze concurrentie. Omdat het stelsel erop is gericht de burger van goede en doelmatige zorg te voorzien, is het vizier primair gericht op de concurrentie tussen zorgaanbieders. De zorgverzekering is een middel om het doel van het stelsel te bereiken. Ook in dit onderdeel zal de concurrentie tussen zorgverzekeraars daarom aan de orde komen, maar niet als zelfstandig onderwerp van het onderzoek. Zorg die niet tot de te verzekeren prestaties van de zorgverzekering behoort, blijft buiten beschouwing.

Concurrentie is een economisch begrip. Het duidt een situatie aan waarin op een markt (i) aanbieders belang hebben bij tevreden afnemers en (ii) afnemers gemakkelijk kunnen overstappen naar een andere aanbieder, als daar de prijs-kwaliteit-verhouding gunstiger is.² Aanbieders zullen onder deze omstandigheden producten of diensten trachten te leveren die in de ogen van de afnemers beter dan wel goedkoper zijn dan die van de concurrent. Daardoor kunnen zij marktaandeel winnen. De wedijver tussen concurrenten leidt zo, volgens de theorie, tot betere en goedkopere zorg.

Bij de voorbereiding van dit onderdeel van het preadvies rees een vrij basale vraag. De 'aanbieders' in de begripsbepaling van concurrentie zijn zorgaanbieders: ziekenhuizen, huisartsen, apotheken en andere. Maar wie zijn de 'afnemers' van zorg? Gebruikelijk worden in de gezondheidszorg twee soorten markten onderscheiden waarop zorgaanbieders actief zijn: de zorgverleningsmarkten (waarop zij patiënten behandelen) en de zorginkoopmarkten (waarop zij zich verbinden zorg te verlenen aan verzekerden van zorgverzekeraars).³ De afnemer op de zorgverleningsmarkten is de patiënt; op de zorginkoopmarkten is het de zorgverzekeraar.

2 *Zorg voor concurrentie. Een analyse van het nieuwe zorgstelsel*, Den Haag: Centraal Planbureau 2003, p. 39-40.

3 Het derde been van de veel gebruikte driehoek van markten wordt gevormd door de zorgverzekeringmarkten.

De toelichtingen op de wetten van de stelselwijziging⁴ geven op het eerste gezicht een helder antwoord op deze vraag: zorgaanbieders dingen om de gunst van de zorgverzekeraars. Die laatste zijn namelijk de ‘regisseurs’ van de zorg. Maar er is aanleiding om dit antwoord niet zomaar voor waar aan te nemen. Zorgverzekeraars sluiten zorginkoopovereenkomsten met het overgrote deel van de zorgaanbieders, zodat de werkelijke keuze voor een zorgaanbieder binnen de ruime grenzen van het gecontracteerde aanbod lijkt te worden gemaakt door de patiënt. De Autoriteit Consument en Markt (ACM) gaat er bij haar beoordeling van fusies ook van uit dat ziekenhuizen concurreren om de gunst van patiënten.

Dit onderdeel van het preadvies onderzoekt wie in ons stelsel de afnemer is van de zorgaanbieder: de patiënt of de zorgverzekeraar. De begrippen ‘afnemer’ en ‘klant’ zullen als synoniemen worden gebruikt en duiden aan wie de keuze maakt welke zorgaanbieder een bepaalde medische behandeling uitvoert. Het antwoord op deze vraag is relevant omdat het inzicht geeft in de mate waarin het stelsel eruit ziet zoals de wetgever heeft beoogd en omdat het consequenties heeft voor de wijze waarop de overheidsregulering van het stelsel zou moeten worden vormgegeven.⁵ Het onderzoek voert langs de wetgeving die het stelsel vormgeeft (§ 2), de actuele stand van zaken op het gebied van de zorgverzekering en de zorginkoop (§ 3) en de concentratiebesluiten van de ACM (§ 4). Een evaluatie besluit het onderzoek (§ 5).

Uiteraard zal de lens waardoor in dit onderzoek gekeken wordt de werkelijkheid vertekenen. In de eerste plaats zijn ‘de patiënt als afnemer’ en ‘de zorgverzekeraar als afnemer’ geen toestanden die elkaar uitsluiten, maar eerder de theoretische uitersten van een continuüm waarop de praktijk van het stelsel zich afspeelt. In de tweede plaats blijft buiten beschouwing dat de patiënt, in de gevallen waarin hij de keuze voor een zorgaanbieder maakt, die keuze vaak zal laten beïnvloeden door adviezen van anderen. Een belangrijke andere is uiteraard de huisarts, maar ook de zorgverzekeraar kan dit soort adviezen geven. In de derde

4 In chronologische volgorde: Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg (inwerkingtreding 1 februari 2005 en 1 mei 2005; Kamerstuknummer 28 994), Wtg ExPres (1 februari 2005; 29 379), Zorgverzekeringswet (1 januari 2006; 29 763), Wet toelating zorginstellingen (1 januari 2006; 27 659), Wet marktordening gezondheidszorg (1 oktober 2006; 30 186).

5 Het onderzoek heeft in zoverre raakvlakken met G.R.J. de Groot, ‘De zorgverzekeraar: spin in het web?’, *TvGR* 2005, afl. 1, p. 40-60; *Evaluatie zorgverzekeringswet en Wet op de zorgtoeslag*, ZonMw 2009; J.G. Sijmons, ‘De cure: transitie en onbalans’ en G.R.J. de Groot, ‘De schuivende panelen van de zorgverzekering’, in: *Stelsel onder stress* (preadvies 2011 Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu 2011; *Voldoen de verzekeraars in hun rol als motor van het zorgstelsel?*, NZa 2012; M. Metze, ‘Het zorgkostendebacle’, *De Groene Amsterdammer* 4 juni 2014; *Evaluatie Zorgverzekeringswet*, KPMG 2014.

plaats is 'concurrentie' en economisch begrip. Als een jurist daarmee aan de slag gaat, bestaat het risico dat belangrijke aspecten on- of onderbelicht blijven.

2 Concurrentie en wetgeving

2.1 Concurrentie en verzekeringsmodellen

De vraag wie in het stelsel de klant is van de zorgaanbieder, is van feitelijke aard. Het gaat erom wie de keuze maakt welke zorgaanbieder een bepaalde medische behandeling uitvoert. Uiteraard bestaat een samenhang tussen deze vraag en de juridische verhoudingen tussen zorgaanbieder, zorgverzekeraar en patiënt. Deze samenhang laat zich als volgt beschrijven. Daarbij wordt nog even geabstraheerd van de regulering van deze verhoudingen in ons stelsel van curatieve gezondheidszorg.

Uitgangspunt is dat de patiënt de kosten van curatieve gezondheidszorg, als die nodig blijkt, niet zelf kan dragen. Daarom zullen vrijwel alle mensen zich voor die kosten willen verzekeren. De keuze van de patiënt voor een zorgaanbieder is daarom beperkt tot die zorgaanbieders waarvan zijn verzekeraar bereid is de kosten te betalen of vergoeden.

Verzekeraars kunnen op grond van de zorgverzekering twee soorten uitkeringen doen: de patiënt kan recht hebben op zorg ('natura') of op vergoeding van kosten van zorg ('restitutie').⁶

De verzekeraar die zorg uitkeert, moet daarvoor overeenkomsten sluiten met zorgaanbieders.⁷ Bij natura is dus per definitie sprake van een 'gecontracteerd' zorgaanbod. Een verzekeraar kan geen zorg uitkeren van een zorgaanbieder met wie hij geen overeenkomst heeft gesloten, de patiënt kan geen verzekerde zorg ontvangen van zo'n aanbieder ('zuivere natura'). Wel kan deze verzekeraar bepalen dat de patiënt die zorg ontvangt van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder recht heeft op een vergoeding. Voor dat geval is de verzekering niet langer een natura-, maar een restitutieverzekering ('natura met vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorg').

De verzekeraar die vergoedingen uitkeert, kan ervoor kiezen te wachten totdat de patiënt bij een zorgaanbieder is geweest en hem de declaratie toezendt ('zui-

6 Art. 7:926 lid 1 BW. Zie over dit onderscheid uitgebreid J.M. van der Most, *De zorg of het geld. Natura en restitutie in de zorgverzekering*, Den Haag: Pels Rijcken & Droogleever Fortuijn 2007.

7 Hieronder wordt begrepen de situatie waarin de zorgaanbieders in dienst zijn bij de zorgverzekeraar.

vere restitutie'). Deze verzekeraar kan er ook voor kiezen om overeenkomsten te sluiten met zorgaanbieders. Zo'n overeenkomst kan bijvoorbeeld bepalen dat de zorgaanbieder declaraties in beginsel niet naar de patiënt, maar rechtstreeks aan de verzekeraar zendt ('restitutie met overeenkomsten'). De verzekeraar kan bovendien bepalen dat de patiënt die zorg ontvangt van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, geen recht heeft op een vergoeding of slechts recht heeft op een gedeeltelijke vergoeding ('restitutie met overeenkomsten en een vergoedingsbeperking voor niet-gecontracteerde zorg').⁸

De keuzevrijheid van de patiënt wordt dus niet één-op-één bepaald door het karakter van de uitkering van de verzekeraar, maar door het samenstel van de beschreven verzekeringsvoorwaarden:

- bij zuivere natura en restitutie met overeenkomsten en een volledige vergoedingsbeperking voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders is de keuze van de patiënt beperkt tot de gecontracteerde zorgaanbieders;
- bij zuivere restitutie, restitutie met overeenkomsten en natura met volledige vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorg heeft de patiënt een vrije keuze tussen alle zorgaanbieders;
- bij natura met gedeeltelijke vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders en restitutie met overeenkomsten en een gedeeltelijke vergoedingsbeperking voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders hangt de keuzevrijheid van de patiënt af van de hoogte van de kosten die voor zijn rekening komen.

De keuzevrijheid van de patiënt is voorts uiteraard afhankelijk van het aantal gecontracteerde zorgaanbieders.⁹ Als een zuivere naturaverzekeraar met alle zorgaanbieders een overeenkomst sluit, is de keuzevrijheid van de patiënt volledig.¹⁰

Op basis van deze gezichtspunten kan de samenhang tussen de te beantwoorden vraag en de verschillende mogelijke verzekeringsmodellen als volgt worden beschreven. Naarmate (i) de keuzevrijheid van de patiënt meer wordt beperkt tot de gecontracteerde aanbieders en (ii) een kleiner deel van de zorgaanbieders gecontracteerd is, is de zorgverzekeraar in termen van concurrentie meer te beschouwen als de klant van de zorgaanbieder. Deze omstandigheden maken immers dat de zorgverzekeraar de keuze voor een zorgaanbieder maakt.

Hieruit blijkt dat de klant van de zorgaanbieder niet dezelfde hoeft te zijn als zijn opdrachtgever: degene die met de zorgaanbieder een overeenkomst van opdracht

8 *Kamerstukken II 2003/04, 29 763, 3, p. 105.*

9 Opgemerkt moet worden dat in een situatie waarin bepaalde zorg maar door één zorgaanbieder wordt verleend, noch voor de patiënt noch voor de zorgverzekeraar keuzevrijheid bestaat. In zo'n situatie is van concurrentie geen sprake.

10 Het betreft een theoretisch geval, omdat geen enkele naturaverzekeraar overeenkomsten kan sluiten met alle zorgaanbieders waartoe een van zijn verzekerden zich mogelijk kan wenden.

heeft gesloten over de verlening van de zorg. Een restitutieverzekeraar met een klein gecontracteerd zorgaanbod en een volledige beperking van de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg is wel klant, maar geen opdrachtgever. De patiënt die bij deze verzekeraar is verzekerd, is wel opdrachtgever, maar geen klant.¹¹

2.2 Ziekenfondswet

De ziekenfondsverzekering was een naturaverzekering: verzekerden hadden op grond van de Ziekenfondswet (Zfw) recht op zorg tegenover hun ziekenfonds.¹² De ziekenfondsen waren verplicht met alle zorgaanbieders in hun werkgebied overeenkomsten te sluiten;¹³ de verzekerden werd 'de keuze gelaten' uit de gecontracteerde zorgaanbieders.¹⁴ De ruimte voor concurrentie tussen aanbieders was echter gering: zowel het aanbod van voorzieningen als de tarieven en andere contractvoorwaarden waren door de overheid gereguleerd.¹⁵

In 2005 trad de Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg (Wet HOZ) in werking. De Wet HOZ maakte het mogelijk om bij AMvB vormen van zorg aan te wijzen waarvoor de verplichting om met alle aanbieders een overeenkomst te sluiten niet langer gold.¹⁶ Als van deze mogelijkheid gebruik zou worden gemaakt én voor de betreffende zorg vrije tarieven zouden gelden, kregen de verzekerden de keuze tussen een recht op zorg, te verwezenlijken bij een gecontracteerde aanbieder, of een recht op vergoeding van kosten van de behandeling bij een andere aanbieder.¹⁷

In de toelichting op de Wet HOZ heeft de regering uiteengezet dat deze mogelijkheid uitsluitend aan de orde is als:

'de (deel)markt zo concurrerend is dat de uitkomsten ten aanzien van kwaliteit en doelmatigheid van de zorg niet onderdoen voor een markt met verplichte overeenkomsten. Het gaat om zorgvormen waarvan vaststaat dat het aanbod (ruim) voldoende is voor de verzekerden en waarbij in voldoende mate sprake is van informatiesymmetrie tussen zorgaanbieder en zorgvrager (transparantie).'¹⁸

11 Vgl. Van der Most 2007 (zie noot 6) p. 22-23, 31 en 44.

12 Artikel 8 lid 1 en 5 Zfw (oud).

13 Artikel 47 lid 1 Zfw (oud). In 1992 is deze contracteerplicht voor vrije beroepsbeoefenaren afgeschaft, *Stb.* 1991, 584.

14 Artikel 9 lid 2 Zfw (oud). De bepaling kende enkele uitzonderingen, die hier buiten beschouwing blijven.

15 Op grond van resp. de Wet ziekenhuisvoorzieningen, de Wet tarieven gezondheidszorg en de artikelen 44 t/m 49 Zfw (oud).

16 Artikel 47 lid 2 Zfw, zoals dit luidde vanaf de inwerkingtreding van de Wet HOZ.

17 Artikel 11 lid 1 en 3 Zfw, zoals dit luidde vanaf de inwerkingtreding van de Wet HOZ.

18 *Kamerstukken II* 2002/03, 28 994, 3, p. 12.

Van deze mogelijkheid is gebruik gemaakt voor het 'vrije segment' van de ziekenhuiszorg. Dit segment bevatte enkele veel voorkomende behandelingen waarvoor de regering concurrentie tussen aanbieders wilde introduceren.¹⁹

Een AMvB, het Vergoedingsbesluit Ziekenfondswet, regelde de hoogte van de vergoeding. Het ziekenfonds moest deze vergoeding zo vaststellen dat 'de verzekerde niet wezenlijk wordt belemmerd in zijn keuze tussen zorg die door zijn ziekenfonds ten behoeve van hem is overeengekomen en zorg waarvoor hij een vergoeding kan krijgen'.²⁰

In antwoord op vragen van de Eerste Kamer heeft de regering toegelicht dat de mogelijkheid van een niet volledige vergoeding de vrije artskenkeuze van de verzekerden niet belemmert:

'Juridisch bezien is dit niet het geval. Het doorgaans van de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (boek 7, titel 7, afdeling 5 van het Burgerlijk Wetboek) afgeleide beginsel van vrije artskenkeuze houdt namelijk in, dat een patiënt kan kiezen door welke arts hij zich laat behandelen^{Inootl}. Een arts mag een patiënt dan ook – tenzij sprake is van uitzonderingsgevallen zoals een agressieve patiënt – niet weigeren. Het beginsel van vrije artskenkeuze zegt echter niets over de financiering van de door de verkozen arts geleverde zorg. Het impliceert dus niet, dat een verzekeraar verzekerde zorg altijd, dus ongeacht de arts die deze levert, volledig moet vergoeden. Aangezien voorliggende AMvB niet méér regelt, dan dat de vergoeding van ziekenfondszorg niet volledig hoeft te zijn indien de zorg van een niet gecontracteerde arts is betrokken, belemmert de AMvB de vrije artskenkeuze juridisch gezien niet.

Ook in de praktijk zal onder de Ziekenfondswet nauwelijks een beperking van de keuzemogelijkheid optreden. Dat komt doordat de Ziekenfondswet uitgaat van een verzekering in natura, met een zorgplicht van de ziekenfondsen. Deze houdt in dat de ziekenfondsen te allen tijde voldoende zorg voor hun verzekerden dienen te contracteren, en wel op redelijke afstand van de woonplaats van die verzekerden. [...]

Het zou echter onlogisch zijn, om verzekerden het recht op volledige restitutie te geven. Het overeenkomstenstelsel onder de Ziekenfondswet strekt er immers toe dat ziekenfondsen prikkels hebben voor een doelmatige zorginkoop, en dat zij de daarmee behaalde voordelen zichtbaar

19 Besluit gedeeltelijke opheffing (omgekeerde) contracteerplicht medisch-specialistische zorg, *Stb.* 2005, 43.

20 Artikel 1 lid 2 Vergoedingsbesluit Ziekenfondswet.

kunnen maken in de nominale premie die zij hun verzekerden in rekening brengen. [...]

Er bestaat dus een spanning tussen enerzijds de wens van de wetgever om ziekenfondsverzekerden de mogelijkheid te geven om te kiezen voor andere dan gecontracteerde zorgaanbieders, en anderzijds het blijvende belang van een doelmatige zorginkoop door ziekenfondsen. Gegeven deze spanning kan noch van volledige vergoeding van restitutiecosten, noch van volledige vrijheid van het ziekenfonds bij het vaststellen van de hoogte van de restitutie sprake zijn. Daarom is in onderhavige AMvB bepaald dat de ziekenfondsen de vergoeding niet zo laag mogen vaststellen, dat de keuze tussen zorgaanbieders in feite wordt belemmerd.²¹

De hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, waarin het Vergoedingsbesluit voorzagt, is dus een compromis tussen twee uitgangspunten: keuzevrijheid tussen zorgaanbieders en doelmatige zorginkoop.

2.3 *Zorgverzekeringswet*

Op 1 januari 2006 is de Zorgverzekeringswet (Zvw) in werking getreden. De wet voorziet in de introductie van één wettelijk verzekeringsregime voor alle Nederlandse ingezetenen. De uitvoering van de zorgverzekering kenmerkt zich volgens de regering door 'gereguleerde concurrentie':

'Het wetsvoorstel geeft de zorgverzekeraars een belangrijke rol in het model van gereguleerde concurrentie. Zij treden op als onderhandelingspartners van de zorgaanbieders, als het gaat over de prijs, inhoud en organisatie van de zorg.'

'Zorgverzekeraars zullen in onderlinge concurrentie voor hun verzekerden optreden. In de visie van de regering gaat het om een nieuw type verzekeraar dat zowel kenmerken heeft van de bestaande particuliere verzekeraar als van het huidige ziekenfonds. De zorgverzekeraars vervullen de door de regering gewenste centrale rol in het model van gereguleerde concurrentie als zij optreden als doelmatige, klantgerichte regisseurs van de zorg.'

'Wil het concept van gereguleerde marktwerking goed kunnen werken, dan dient het verzekerings- en financieringssysteem daar qua structuur goed bij aan te sluiten. De bestaande structuur schiet daarin tekort omdat verschillende verzekeringsarrangementen, met verschillende en soms

21 *Stb.* 2005, 213, p. 4-5.

tegengestelde prikkels naast elkaar bestaan. [...] De in de visie van de regering noodzakelijke versterking van marktprikkels en checks & balances in de betrekkingen tussen de hoofdrolspelers in de zorg vergt dat er één homogene markt is voor verzekeraars, in die zin dat alle verzekeraars aan dezelfde spelregels zijn onderworpen, zowel jegens hun verzekerden als jegens de zorgaanbieders en de overheid. Dit wetsvoorstel voorziet daarin.²²

Ondanks het belang dat de regering hecht aan het feit dat alle verzekeraars aan 'dezelfde spelregels' zijn gebonden, wordt hun een grote keuzevrijheid ten aanzien van verzekeringsmodellen geboden. Natura, restitutie en combinaties zijn mogelijk. Zorgverzekeraars kunnen werken met of zonder overeenkomsten met zorgaanbieders. Ook kunnen zij ervoor kiezen zelf zorg te gaan verlenen ('verticale integratie').²³ De redenen voor deze keuzevrijheid zijn:

'In de eerste plaats krijgt de verzekerde hiermee de mogelijkheid om naar gelang zijn eigen voorkeur te kiezen voor een verzekeringspakket waarbij de zorgaanbieders met de zorgverzekeraar overeenkomsten hebben gesloten, dan wel voor een verzekeringspakket waarbij hij zelf, eventueel met hulp van zijn verzekeraar, een zorgaanbieder zoekt. Bij dat laatste model heeft de verzekerde waarschijnlijk een grotere keus uit de beschikbare zorgaanbieders maar daar staat tegenover dat wellicht zijn nominale premie wat hoger is.

In de tweede plaats bevordert de keuzevrijheid dat zorgverzekeraars voor het vormgeven van hun zorgplicht een model kunnen kiezen dat voor hen de minste administratieve belasting oplevert. De regering wil het maken van keuzes in dit verband zoveel mogelijk overlaten aan het veld zelf.

Ten slotte sluit de vrijheid die de zorgverzekeraars hebben om hun zorgplicht te realiseren, aan bij het feit dat de Zorgverzekeringswet de huidige verschillende verzekeringswerelden van de ziekenfondsen en de particuliere verzekeraars in zich verenigt. Die werelden hebben van oudsher een verschillende uitvoeringspraktijk waarbij de ene het zwaartepunt legt op het contracteren van zorg en de andere op het restitueren van gemaakte kosten. Door beide mogelijkheden open te laten, biedt de Zorgverzekeringswet aan de zorgverzekeraars de mogelijkheid om zich ten opzichte van de verzekerden te profileren op de wijze waarmee men vertrouwd is.²⁴

22 *Kamerstukken II 2003/04, 29 763, 3, p. 4 en 9.*

23 E. Plomp, 'Het voorgestelde verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders', *TvGR 2013, afl. 6, p. 508-520*; J.J. Rijken, 'Verticale integratie in de zorg – une liaison dangereuse?', *TvGR 2009, afl. 5, p. 332-344.*

24 *Kamerstukken II 2003/04, 29 763, 3, p. 29.*

De regering ging er overigens vanuit dat het sluiten van overeenkomsten met zorgaanbieders voor zorgverzekeraars 'een aantrekkelijke optie' is.²⁵ Dat komt de efficiëntie van de zorgverlening en de administratieve afhandeling ten goede. Verwacht werd dat een groot deel van de zorgverzekeraars met overeenkomsten zou werken.

De Zvw bevat een belangrijke uitzondering op deze vrijheid om het verzekeringsmodel vorm te geven. Artikel 13 lid 1 Zvw bepaalt dat de verzekerde die zich op basis van de verzekeringsvoorwaarden tot gecontracteerde zorgaanbieders moet wenden en zich niettemin tot een niet-gecontracteerde aanbieder wendt, recht heeft op een 'door de zorgverzekeraar te bepalen' vergoeding van de kosten van deze zorg. In de parlementaire behandeling is de bepaling in verband gebracht met het volgens de regering uit Europees recht voortvloeiende 'hinderpaalcriterium'.

De bepaling is onderwerp geweest van vele procedures.²⁶ Op 11 juli 2014 heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg 'niet zo laag mag zijn dat die daardoor voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal zou vormen om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden'.²⁷ In de rechtspraak wordt aangenomen dat een vergoeding die lager is dan 75% à 80% van de (marktconforme) kosten niet aan dit 'hinderpaalcriterium' voldoet.

De zorgverzekeraar moet de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg voor alle verzekerden 'die in een zelfde situatie een zelfde vorm van zorg of dienst behoeven' op dezelfde wijze berekenen.²⁸ Deze verplichting voorkomt dat de zorgverzekeraar de hoogte van de vergoeding afhankelijk maakt van verzekerdenkenmerken. Wel is het toegestaan de vergoeding te differentiëren naar gelang de situatie waarin de verzekerde de niet-gecontracteerde zorg heeft ingeroepen. De toelichting op de Zvw noemt het geval waarin de verzekerde acuut zorg nodig heeft en de dichtstbijzijnde zorgaanbieder niet gecontracteerd is.²⁹

25 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, 3, p. 32.

26 Onder meer: V zr. Rb. Breda 1 februari 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BV2624, *GJ* 2012/53 (*CZ/Addictioncare*); Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW9803, *GJ* 2012/113 (m.nt. J.J. Rijken; *CZ/Addictioncare*); V zr. Rb. Zeeland-West-Brabant 14 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ4071, *GJ* 2013/70 (m.nt. T.A.M. van den Ende; *CZ/Momentum*); Hof 's-Hertogenbosch 9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2971, *GJ* 2013/107 (m.nt. J.J. Rijken; *CZ/Momentum*).

27 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *GJ* 2014/121 (m.nt. J.J. Rijken; *CZ/Momentum*).

28 Artikel 13 lid 4 Zvw.

29 *Kamerstukken II* 2003/04, 29 763, 3, p. 109-110.

De Zvw bevat tot slot een regel van 'overgangsrecht' voor de situatie dat de overeenkomst tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder eindigt. De verzekerde die 'op het moment van beëindiging van de overeenkomst zorg ontvangt van deze aanbieder, [houdt] recht op zorgverlening door die aanbieder voor rekening van deze zorgverzekeraar'.³⁰ De toelichting verwijst naar een bepaling van dezelfde strekking in de Wet HOZ.³¹ Deze bepaling gaf ziekenfondsverzekerden bij het eindigen van een overeenkomst recht op 'ononderbroken' voortzetting van zorg 'zolang die zorg noodzakelijk is'.³²

2.4 Regeerakkoord Rutte-II

In zijn Regeerakkoord (november 2012) kondigt het kabinet-Rutte-II een belangrijke wijziging aan van de concurrentieverhoudingen in de curatieve gezondheidszorg:

'Concentratie van voorzieningen zorgt vaak voor een hogere kwaliteit tegen lagere kosten. Verzekeraars zijn er verantwoordelijk voor dat dit doel bereikt wordt, door selectiever te contracteren op basis van heldere kwaliteitscriteria. Daarom wordt de basisverzekering beperkt tot naturalissen; de restitutiepolis gaat naar de aanvullende verzekering.'³³

Op dit voornemen is veel kritiek geuit, vooral omdat het de keuzevrijheid van patiënten voor een zorgaanbieder te veel zou beperken. De minister van VWS heeft in de zomer van 2013 drie 'akkoorden' gesloten met de zorgverzekeraars en verschillende categorieën van zorgaanbieders. Onderdeel van deze akkoorden is dat het voornemen verzekeren niet langer de vrijheid te bieden voor een restitutiepolis te kiezen niet zal worden uitgevoerd als het, hierna te bespreken, wetsvoorstel 33 362 wordt aangenomen.³⁴

2.5 Wetsvoorstel 33 362

In september 2012 diende de (demissionaire) regering een wetsvoorstel in om verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders te verbieden. Van deze gelegenheid is gebruik gemaakt om een wijziging in artikel 13 Zvw aan te brengen: het wordt zorgverzekeraars toegestaan een zeer lage of zelfs geen vergoeding te bieden als een verzekerde zorg van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder ontvangt.

30 Artikel 13 lid 5 Zvw.

31 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 124, 20.

32 Artikel 44 lid 3 Zfw, zoals dit luidde vanaf de inwerkingtreding van de Wet HOZ.

33 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 410, 15, p. 21.

34 Bestuurlijk akkoord geestelijke gezondheidszorg 2014-2017; Onderhandelaarsresultaat eerste lijn 2014-2017; Onderhandelaarsresultaat medisch specialistische zorg 2014-2017, bijlagen bij *Kamerstukken II* 2012/13, 29 248, 257.

De regering beschouwt de wijziging als ‘op hoofdlijnen redactioneel’, omdat de inwerkingtreding van de Europese Richtlijn patiëntenrechten het hinderpaalcriterium heeft achterhaald.³⁵ Om die reden maakt het algemene deel van de toelichting op het wetsvoorstel er geen woorden aan vuil. In antwoord op een van de (talrijke) vragen van de Tweede Kamer heeft de regering de doelstelling van de wijziging toegelicht:

‘Het gaat erom de randvoorwaarden voor de werking van het concept van gereguleerde concurrentie te optimaliseren. Deze (gereguleerde) concurrentie komt het best tot stand als een zorgverzekeraar zorg inkoop bij zorgaanbieders en in het kader daarvan met die aanbieders afspraken maakt over prijs en kwaliteit van de zorg, om vervolgens zijn verzekerden juist naar die zorg te kunnen sturen. Daarmee strookt niet dat een zorgverzekeraar vervolgens de volledige rekening van een niet door hem gecontracteerde zorgaanbieder moet vergoeden. Daardoor is de premie niet zo laag als hij kan zijn voor een volledige naturapolis. Het wegnemen van de onduidelijkheid over het hinderpaalcriterium is daar een onderdeel van.’³⁶

De ‘onduidelijkheid over het hinderpaalcriterium’ bestond ten tijde van deze toelichting nog, omdat de Hoge Raad zijn arrest van 11 juli 2014 nog niet had gewezen.

Anders dan het oorspronkelijke artikel 13 Zvw geldt het gewijzigde artikel uitsluitend voor gevallen waarin de verzekerde recht op zorg heeft. Het gewijzigde artikel 13 Zvw geldt niet langer voor gevallen waarin de verzekerde recht heeft op een vergoeding van kosten.³⁷ In een restitutiepolis zal de zorgverzekeraar dus altijd de volledige kosten van de zorg moeten vergoeden, ongeacht de vraag of er een overeenkomst bestaat met de zorgaanbieder die de zorg heeft verleend.³⁸

35 *Kamerstukken II 2011/12, 33 362, 3, p. 35-36.* Zie hierover J.W. van de Gronden, ‘Grensoverschrijdend patiëntenverkeer in de Zorgverzekeringswet: is de voorgenomen wijziging van artikel 13 Europeesrechtelijk houdbaar?’, *TvGR 2013*, afl. 1, p. 4-17; G. Davies en J. Sijmons, *Article 13 of the proposed Dutch health insurance law: compatibility with European Union law*, onderzoek in opdracht van de Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze, 26 september 2014; Deel 1, § 2.1 van dit preadvies.

36 *Kamerstukken II 2012/13, 33 362, 7, p. 65.*

37 Vgl. *Kamerstukken II 2011/12, 33 362, 3, p. 39; Kamerstukken II 2003/04, 29 763, 3, p. 109.*

38 Met uitzondering van hogere dan marktconforme kosten, art. 2.2 Besluit zorgverzekering (Bzv).

Het gewijzigde artikel 13 Zvw bepaalt dat naturaverzekerden niettemin in een aantal gevallen recht hebben op volledige vergoeding van kosten. Deze gevallen zijn:

- de verzekerde heeft acute zorg nodig,³⁹
- de zorg is niet ‘op redelijke termijn of afstand’ beschikbaar bij een gecontracteerde zorgaanbieder,
- de overeenkomst tussen de zorgverzekeraar en de zorgaanbieder is geëindigd op het moment dat de verzekerde al bij die zorgaanbieder zorg ontving en
- de zorgverzekeraar heeft niet ten minste zes weken voor het begin van een kalenderjaar kenbaar gemaakt van welke gecontracteerde zorgaanbieders verzekerden zorg kunnen betrekken.⁴⁰

Omdat het kabinet-Rutte-II niet beschikt over een meerderheid in de Eerste Kamer, heeft het over de wijziging van artikel 13 Zvw een politiek akkoord moeten sluiten met drie oppositiepartijen. In dat akkoord is vastgelegd dat de wijziging van artikel 13 Zvw uitsluitend zal gelden voor ‘tweedelijns’ zorg, zoals ziekenhuiszorg en specialistische geestelijke gezondheidszorg.

Voor ‘eerstelijns’ zorg, zoals huisartsenzorg, farmaceutische zorg en fysiotherapie, blijft een formulering als die van het ‘oude’ artikel 13 gelden. Uit de toelichting op het amendement waarin het akkoord is neergelegd blijkt dat daarmee is beoogd het ‘hinderpaalcriterium’ van kracht te laten blijven.⁴¹

Het is niet gemakkelijk de redenen te vinden waarom een onderscheid wordt gemaakt tussen eerstelijns zorg en tweedelijns zorg. Aangenomen moet worden dat de gedachte achter het amendement is dat patiënten met eerstelijns zorgaanbieders vaker een ‘langdurige behandel- en vertrouwensrelatie’ hebben. Daarbij komt dat het van belang wordt geacht dat deze aanbieders (vooral huisartsen, apotheken en wijkverpleegkundigen) op lokaal niveau intensief met elkaar samenwerken.⁴²

Aldus geamendeerd is het wetsvoorstel in de Eerste Kamer behandeld. Daar genoot het voorstel de steun van de fracties van de regeringspartijen VVD en PvdA en, dankzij het besproken politieke akkoord, van de oppositiepartijen D66, ChristenUnie en SGP. Pas kort voor de stemming over het wetsvoorstel bleek dat

39 Kosten die ‘uitgaan boven hetgeen in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend is te achten’ worden echter niet vergoed, voorgesteld artikel 13 lid 4 Zvw.

40 Voorgesteld artikel 13 lid 2 Zvw.

41 *Kamerstukken II 2013/14, 33 362, 41.*

42 ‘ChristenUnie en SGP op de bres voor vrije artsenkeuze’, *ChristenUnie* 20 februari 2013, Christenunie.nl (zoek op *vrije artsenkeuze*); *Handelingen II 2013/14, 95*, item 6, p. 23.

drie leden van de PvdA-fractie daartegen zouden stemmen. Het voorstel is op 16 december 2014 verworpen, met twee dagen van koortsachtig regeringsoverleg als gevolg. Het overleg leidde tot overeenstemming in de regeringscoalitie, die is neergelegd in een brief van minister-president Rutte aan de Tweede Kamer van 18 december 2014. Rutte schrijft:

‘Het kabinet zal de inhoud van het niet aangenomen wetsvoorstel aanpassen en opnieuw als wetsvoorstel indienen, rekening houdend met argumenten en zorgen die tijdens de behandeling in de Kamers zijn gewisseld. [...]

De rechten van verzekerden zullen als volgt worden versterkt:

- iedereen kan, binnen zijn polis en ongeacht de polisvorm, een «second opinion» vragen (op te nemen in een AMvB);
- in de MvT wordt vastgelegd wat onder acute zorg wordt verstaan waar iedereen recht op heeft ongeacht contract of polis;
- door in de MvT expliciet op te nemen dat specifieke zorg door academische ziekenhuizen toegankelijk is voor mensen die dat nodig hebben, hetgeen niet door de verzekeraar maar door een arts wordt bepaald;
- expliciet vast te leggen dat naast de mogelijkheid jaarlijks te switchen, een verzekerde met een naturapolis die gebruik maakt van niet gecontracteerde zorg en van te voren onvoldoende op de hoogte is gesteld van de voor hem/haar geldende consequenties van het inkoopbeleid van de verzekeraar, automatisch recht heeft op een vergoeding conform een restitutiepolis voor die zorgvorm; [...].⁴³

Dit is de stand van zaken bij het afronden van dit onderdeel van het preadvies.

2.6 *Beschouwing*

De ontwikkeling van de (voorgenomen) wetgeving laat een gestage toename van de mogelijkheden voor concurrentie tussen zorgaanbieders om de gunst van zorgverzekeraars zien.

In het laatste jaar waarin de Zfw gold, is de mogelijkheid van concurrentie tussen zorgaanbieders geïntroduceerd op een in twee opzichten voorzichtige wijze. In de eerste plaats zou de introductie slechts plaatsvinden voor die onderdelen van de gezondheidszorg die daar ‘klaar’ voor waren. In de tweede plaats werd de mogelijkheid van de ziekenfondsen om verzekerden door middel van een vergoedingsbeperking naar gecontracteerde aanbieders te laten gaan begrensd.

43 *Kamerstukken II 2014/15, 33 362, 48, p. 2.*

In de Zvw heeft de overheid zorgverzekeraars een zeer grote vrijheid toegekend om het verzekerings- en daarmee het concurrentiemodel vorm te geven.⁴⁴ Deze vrijheid hing samen met de wens ook tussen zorgverzekeraars concurrentie op gang te brengen, waarbij zij zowel aan voormalige ziekenfondsverzekerden als aan voormalige particuliere verzekerden een ‘vertrouwd’ product zouden kunnen aanbieden.

De wetgever heeft deze vrijheid slechts op één punt beperkt, namelijk door het handhaven van de begrenzing van de mogelijkheid om de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg te beperken. Ook als wordt voorbijgegaan aan de gebrekkige wijze waarop deze beperking in de wet is vastgelegd, is het hinderpaalcriterium ongelukkig. De vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg moet, zoals hiervóór is beschreven, voor alle verzekerden gelijk zijn. De financiële spankracht van verzekerden is echter niet gelijk. Een vergoeding van 75% van de kosten is volgens de rechter weliswaar niet een ‘hinderpaal’ voor het invoeren van niet-gecontracteerde zorg, maar in werkelijkheid zal een eigen betaling van 25% van de kosten van bepaalde zorg dat voor sommige verzekerden zeker wel zijn.⁴⁵

Om te voorkomen dat het vergoedingspercentage voor verzekerden met beperkte middelen (ter bepaling van de gedachten: er zijn 340.000 ‘wanbetalers’ van wie het Zorginstituut de zorgverzekeringspremie int⁴⁶) de toegang tot niet-gecontracteerde zorg belemmert, zouden zorgverzekeraars een volledige vergoeding voor vrijwel alle niet-gecontracteerde zorg moeten bieden.

De voorgenomen wijziging van de Zvw in wetsvoorstel 33 362 zorgde voor meer én minder vrijheid voor zorgverzekeraars. Méér omdat zorgverzekeraars bij natura de vergoeding voor niet-gecontracteerde tweedelijns zorg tot nul zouden kunnen reduceren; minder omdat bij restitutie een beperking van de vergoeding in het geheel niet meer aan de orde is. Het resultaat is een breder spectrum voor de inrichting van het concurrentiemodel, maar wel een spectrum waarop zich minder mogelijke verzekeringsvormen bevinden.

De ‘tussenvorm’ van restitutie met een beperking van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg zou bij aanvaarding van wetsvoorstel 33 362 verdwijnen. Dat is een goede zaak. De inzichtelijkheid van polissen voor (potentiële) verzekerden stijgt als restitutie correspondeert met ‘volledige keuzevrijheid’ en natura met ‘mogelijk beperkte keuzevrijheid’.⁴⁷

44 De Groot 2005 (zie noot 5).

45 Zie voor kritiek op dit percentage: K.D. Meersma en B.A. van Schelven, annotatie bij: V.zr. Rb. Zeeland-West-Brabant 14 maart 2013, *TvGR* 2013, afl. 4, p. 377-383.

46 Artikel 18d Zvw. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 33 077, 14.

47 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 362, 3, p. 39.

Daarbij komt dat deze verzekeringsvorm het slechtste van twee werelden in zich verenigt. Een voorbeeld kan dit illustreren: een patiënt met een restitutieverzekering (zonder vergoedingsbeperkingen) die niet tevreden is over zijn behandeling bij een zorgaanbieder kan overstappen naar een andere zorgaanbieder. Een patiënt met een naturaverzekering kan dat mogelijk niet, maar deze patiënt kan wel zijn verzekeraar aanspreken op de behandelkwaliteit. Hij heeft immers tegenover de verzekeraar recht op adequate zorg. Een patiënt met een restitutieverzekering met een beperking van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg beschikt over geen van deze mogelijkheden: hij kan mogelijk niet overstappen en evenmin kan hij zijn verzekeraar aanspreken op de kwaliteit van de verleende zorg.⁴⁸

De handhaving van het hinderpaalcriterium voor eerstelijns zorg acht ik een minder gelukkig onderdeel van het wetsvoorstel. Als het de indieners van het amendement dat daartoe strekt alleen te doen was geweest om het beschermen van bestaande vertrouwensrelaties tussen patiënten en eerstelijns zorgaanbieders, had kunnen worden volstaan met het uitbreiden van het 'overgangsrecht' van het huidige artikel 13 Zvw. Als zij een principiële keuze hadden willen maken voor de ongehinderde keuze voor een eerstelijns zorgaanbieder, had dat naar mijn mening moeten leiden tot een ordelijk in de wet opgeschreven verplichting om deze zorg altijd volledig te vergoeden, wellicht met uitzondering van kosten die veel hoger zijn dan het Nederlandse marktgemiddelde.⁴⁹

De overige verbijzonderingen van artikel 13 Zvw in wetsvoorstel 33 362 en de recente brief van de regering moeten verschillend worden beoordeeld.

De vastlegging van het recht op (vergoeding van) zorg in academische ziekenhuizen en second opinions is overbodig. Deze zorg behoort namelijk al tot de te verzekeren prestaties. Om verwezenlijking van dat recht mogelijk te maken, moeten naturaverzekeraars deze zorg inkopen. De aard van een second opinion brengt mee dat die door een van de eerste behandelaar onafhankelijke professional wordt verleend.⁵⁰

Het recht op een volledige vergoeding van kosten als gecontracteerde zorg 'niet op redelijke termijn of afstand' beschikbaar is, kan eveneens worden gemist. Het verbintenissenrecht kent al een sanctie voor het niet contracteren van voldoende

48 De zorgplicht van artikel 11 Zvw brengt in deze situatie geen verandering. Zie hierover Van der Most 2007 (zie noot 6), p. 12-15; De Groot 2011 (zie noot 5), p. 158-160.

49 De Engelse National Health Service (NHS) kent patiënten het recht toe een huisartsenpraktijk te kiezen, artikel 11 National Health Service (Procurement, Patient Choice and Competition) (No. 2) Regulations 2013, SI 2013, 500.

50 *Pakketadvies 2010*, CVZ 2010, p. 65.

zorg door een naturaverzekeraar: schadevergoeding wegens wanprestatie.⁵¹ Deze sanctie reikt in voorkomend geval verder dan vergoeding van de volledige kosten van de zorg, namelijk als daarnaast andere schade is geleden.

Een recht op volledige⁵² vergoeding van acute zorg acht ik wel nuttig. Omdat de dekking van de zorgverzekering niet beperkt is tot in Nederland verleende zorg, zullen verzekerden in alle uithoeken van de wereld acute zorg nodig hebben. Het is uiteraard niet mogelijk om een wereldwijd netwerk van eerstehulpafdelingen te contracteren. Om lastige discussies in deze voorzienbare situaties te voorkomen, is een wettelijke vergoedingsregel een goed idee.⁵³

De 'zeswekenregel' tot slot draagt naar mijn mening niet bij aan een evenwichtige wettelijke regeling. De regering heeft deze regel als volgt uitgelegd: 'als een verzekerde met een naturaverzekering naar een aanbieder gaat waarvan hij zes weken voor de aanvang van dat verzekeringsjaar niet kon weten dat deze niet gecontracteerd was, heeft hij recht op vergoeding van de volledige zorgkosten.'⁵⁴ Een zorgaanbieder die medio november op de lijst met gecontracteerde aanbieders van een verzekeraar staat, is dus 'binnen': ook bij tussentijdse beëindiging van de overeenkomst kunnen de betreffende verzekerden tegen volledige vergoeding van kosten bij hem terecht.

Het algemene verzekeringsrecht kent voor dergelijke gevallen een meer evenwichtige regel: wijzigingen ten nadele van de verzekerde of de verzekeringnemer geven die laatste het recht om de polis op te zeggen.⁵⁵ Het zou nuttig zijn om deze regel voor wijzigingen in gecontracteerde zorg te expliciteren. Daartoe kan in de Zvw worden bepaald dat de beëindiging van de overeenkomst tussen een zorgverzekeraar en een zorgaanbieder een 'wijziging ten nadele' is voor verzekerden die aannemelijk kunnen maken dat zij zich mogelijk tot deze zorgaanbieder zouden willen wenden.⁵⁶ De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) beschikt al over de bevoegdheid om zorgverzekeraars te verplichten medio november het gecontracteerde zorgaanbod te publiceren.⁵⁷ De met de 'zeswekenregel' beoogde

51 Artikel 6:74 BW. Deze verplichting geldt niet als sprake is van overmacht, artikel 6:75 BW. Zie J.M. van der Most, annotatie bij: Rb. Roermond 6 december 2001, RZA 2002/15, rnr. 5, met verwijzingen, en G.R.J. de Groot, annotatie bij: Geschillencommissie Zorgverzekering, 6 juli 2011, GJ 2011/158.

52 Maar: zie noot 39.

53 Een beter idee zal in § 5 worden gepresenteerd.

54 *Kamerstukken II* 2012/13, 33 362, 7, p. 79.

55 Artikel 7:940 lid 4 BW.

56 Artikel 7 Zvw bevat al een precisering van artikel 7:940 lid 4 BW voor de zorgverzekering.

57 Artikel 40 lid 4 jo. 38 lid 7 Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg).

transparantie en zekerheid voor de verzekerden kunnen kortom worden bereikt op een fijnzinniger wijze dan in het wetsvoorstel voorzien.

3 Stand van zaken zorgverzekering en zorginkoop

3.1 Inleiding

Wie in ons stelsel de klant is van de zorgaanbieder, wordt bepaald door (i) de mate waarin de keuzevrijheid van de patiënt wordt beperkt tot gecontracteerde aanbieders en (ii) het aandeel van de zorgaanbieders dat gecontracteerd is (zie § 2.1). De NZa heeft onder meer de taak de stand van zaken op de verschillende markten in de zorg te onderzoeken en daarover te rapporteren.⁵⁸ In het kader van de uitvoering van deze taak heeft de NZa sinds haar oprichting per jaar gemiddeld circa tien ‘monitors’ en ‘marktscans’ uitgebracht.⁵⁹

3.2 Zorgverzekeringsmarkt

De zorgverzekeringsmarkt is elk jaar onderwerp geweest van een monitor. De monitor van augustus 2014 bevat de meest recente gegevens. Uit deze monitor blijkt dat in 2014 53% van de verzekerden een naturapolis had. Tweeëntwintig procent van de verzekerden was verzekerd op basis van een combinatiepolis (een polis die voor sommige zorgvormen recht geeft op zorg en voor andere recht op een vergoeding). De overige 25% van de verzekerden had een restitutiepolis.⁶⁰

De ‘zuivere restitutie’-polissen (verzekeringen zonder gecontracteerde zorg) hadden een gezamenlijk marktaandeel van 9%. De polissen van de overige 91% van de verzekerden maakten voor ten minste een deel van de zorgvormen gebruik van gecontracteerde zorg.⁶¹

Zoals hiervoor beschreven kan uit het karakter van de polis niet één-op-één worden afgeleid in welke mate de patiënt keuzevrijheid heeft tussen zorgaanbieders. De NZa heeft voor de financieel belangrijkste vorm van zorg, de medisch-specialistische zorg, onderzocht op welke vergoeding verzekerden recht hebben als zij zich wenden tot een niet-gecontracteerde aanbieder. Het grootste deel van de verzekerden (circa 55%) heeft in dat geval recht op een vergoeding van 75 of 80% van de kosten. Bij ruim 10% van de verzekerden wordt de vergoeding vastgesteld aan de hand van een lijst met maximumvergoedingen, die volgens de NZa vaak onvolledig zijn. Een kleine 30% van de verzekerden heeft recht op een volledige

58 Art. 32 Wmg.

59 Te raadplegen via www.nza.nl/publicaties/monitordocumenten.

60 *Marktscan en beleidsbrief Zorgverzekeringsmarkt 2014*, NZa augustus 2014, p. 40.

61 *Marktscan en beleidsbrief Zorgverzekeringsmarkt 2014* (zie noot 60), p. 40.

vergoeding van de kosten van niet-gecontracteerde zorg.⁶² Op basis van de monitor is het aannemelijk, maar niet zeker, dat het hier vooral verzekerden met een restitutiepolis betreft.⁶³

De NZa heeft ook onderzoek gedaan naar 'budgetpolissen'. Hieronder verstaat de NZa naturapolissen met een lage premie, keuze uit slechts een beperkt aantal gecontracteerde aanbieders en relatief lage vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorg. In 2008 heeft VGZ de eerste budgetpolis op de markt gebracht, onder de naam Zekur. In 2014 waren twaalf van dit soort polissen op de markt. In totaal waren bijna 600.000 verzekerden op basis van een budgetpolis verzekerd: circa 4% van de totale markt. De premie van de budgetpolissen lag met gemiddeld € 1.004 per jaar duidelijk lager dan die van 'gewone' naturapolissen (€ 1.089) en restitutiepolissen (€ 1.117).⁶⁴

3.3 Zorginkoopmarkten

De NZa heeft in 2010 en 2014 een monitor uitgebracht over zorginkoop. Daarnaast geven monitors over de verschillende zorgvormen (medisch-specialistische zorg, huisartsenzorg, etc.) specifieke informatie over de inkoop van die zorg.

Op basis van deze monitors laten enkele belangrijke zorginkoopmarkten zich als volgt kenschetsen.

Op de inkoopmarkt voor huisartsenzorg sluiten zorgverzekeraars overeenkomsten met vrijwel alle huisartsen. De verzekeraars volgen daarbij het zg. representatiemodel, waarbij de regionaal grootste zorgverzekeraar afspraken maakt met huisartsen en andere zorgverzekeraars deze afspraken volgen met zg. volcontracten. Volgens de zorgverzekeraars is hun afhankelijkheid van huisartsen groot, omdat patiënten vaak een bewuste keuze maken voor een huisarts en vervolgens een lange relatie met deze huisarts opbouwen.⁶⁵ De inkoop wordt gekenschetst als het 'aanschuiven aan tafel' bij de huisartsen in de hoop dat zij in overleg met de huisartsen enige invloed op deze professionals kunnen uitoefenen.

62 De overige circa 5% van de verzekerden had recht op een vergoeding van minder dan 75%. Bij geestelijke gezondheidszorg en mondzorg is het percentage verzekerden dat een volledige vergoeding ontvangt gelijk aan dat bij medisch-specialistische zorg. *Marktscan en beleidsbrief Zorgverzekeringsmarkt 2014* (zie noot 60), p. 50-51.

63 Zie voor *circumstantial evidence*: *Marktscan en beleidsbrief Zorgverzekeringsmarkt 2014* (zie noot 60), p. 63.

64 *Marktscan en beleidsbrief Zorgverzekeringsmarkt 2014* (zie noot 60), p. 52.

65 *Marktscan huisartsenzorg 2012*, NZa december 2012, p. 37.

Ook de huisartsen zijn ontevreden over het contracteerproces en over de uitkomsten. De reden daarvan is dat de zorgverzekeraars werken met standaardcontracten en dat zij niet bereid zijn daarover te onderhandelen.⁶⁶

De inkoopmarkt voor fysiotherapie lijkt anders van karakter. Deze markt was een van de eerste waarop de NZa, in 2008, de tariefregulering afschafte. Er is een ruim aanbod van zorgaanbieders, wat de zorgverzekeraars in een sterke onderhandelingspositie plaatst. De NZa ontvangt van fysiotherapeuten grote aantallen klachten over de zorginkoop door zorgverzekeraars. Deze klachten hebben onder meer betrekking op de gehanteerde tarieven, de verplichting voor niet-verzekerde zorg hetzelfde tarief te hanteren als voor verzekerde zorg en de verplichting (van verzekeraar tot verzekeraar verschillende) kwaliteitsindicatoren te gebruiken.⁶⁷

De ‘contracteergraad’ van fysiotherapie is hoog: alle grote zorgverzekeraars sluiten met circa 90% van de fysiotherapeuten een overeenkomst. De resterende 10% van de fysiotherapeuten is volgens de zorgverzekeraars gevestigd in gebieden waar zij weinig verzekerden hebben.⁶⁸

De inkoopmarkt voor medisch-specialistische zorg is de afgelopen jaren gekenmerkt door ‘complexe omstandigheden’, aldus de NZa. In de eerste plaats heeft de NZa zelf in 2012 een grote wijziging aangebracht in de prestaties die ziekenhuizen in rekening kunnen brengen. De introductie van de zg. DOT-structuur is bedoeld om de transparantie van de markt te vergroten, doordat het aantal prestaties dat ziekenhuizen kunnen declareren is teruggebracht van circa 30.000 naar circa 4.400. Mede door een bijzonder gecompliceerde overgangsregeling, het zg. transitie-model, werd deze doelstelling in ieder geval in 2012 en 2013 niet dichterbij gebracht.

In de tweede plaats heeft de minister van VWS in 2013 een overeenkomst gesloten met een aantal brancheorganisaties in de medisch-specialistische zorg.⁶⁹ In dit ‘akkoord’ zijn afspraken gemaakt over een beoogde gematigde kostengroei en over maatregelen die daartoe moeten leiden. Volgens de zorgverzekeraars heeft

66 *Monitor zorginkoop zorgverzekeraars 2010*, NZa maart 2010, p. 17; *Marktscan huisartsenzorg 2012* (zie noot 65), p. 33-34. Vgl. HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, NJ 2005, 482 (m.nt. M.R. Mok).

67 Een poging de NZa actie te laten ondernemen op deze klachten strandde op formele gronden, zie CBb 30 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:415.

68 *Marktscan en beleidsbrief Eerstelijns bewegingszorg 2013*, NZa juli 2013, p. 23-24; *Monitor en beleidsbrief zorginkoop 2014*, NZa februari 2014, p. 21.

69 *Onderhandelaarsresultaat medisch specialistische zorg 2014-2017*, bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13*, 29 248, 257.

het akkoord een richtinggevend effect in de onderhandelingen met zorgaanbieders: het is een 'bodem' voor aanbieders en een 'plafond' voor verzekeraars.⁷⁰

Vier van de tien zorgverzekeraarsconcerns⁷¹ hebben in 2014 medisch-specialistische zorg selectief ingekocht. Dat gebeurt vooral ten aanzien van de behandeling van bepaalde aandoeningen. Voorbeelden zijn borstkanker, maagverkleinende chirurgie, lip- en gehemeltspelen, heupprothesen en implantatie van een ICD (een soort pacemaker).⁷²

3.4 Beschouwing

In het door de Zvw-wetgever voorziene model van gereguleerde concurrentie wedijveren zorgaanbieders op de zorginkoopmarkten om de gunst van de zorgverzekeraars. Deze vorm van concurrentie veronderstelt dat de keuze van een zorgverzekeraar voor een zorgaanbieder ertoe leidt dat de verzekerden zich tot de gekozen zorgaanbieder zullen wenden.

Uit het onderzoek van de NZa naar de zorgverzekeringsmarkt blijkt dat dit model voor een 'stille minderheid' van een kwart tot een derde van de verzekerden niet opgaat, omdat die zich voor rekening van hun zorgverzekeraar door iedere zorgaanbieder kunnen laten behandelen. Het is interessant dat de relatieve omvang van deze minderheid vrijwel gelijk is aan het deel van de bevolking dat voor 2006 particulier verzekerd was.⁷³ De introductie van de zorgverzekering heeft in dit opzicht wellicht maar tot weinig verandering geleid.

De rapporten van de NZa over de zorginkoopmarkten laten zien dat zorgverzekeraars maar op zeer bescheiden schaal gebruik maken van de mogelijkheid om zorg selectief (dat wil zeggen: slechts bij een deel van de aanbieders) in te kopen. Welke mogelijke verklaringen zijn daarvoor? In een *research paper* uit 2012 met de pakkende titel 'Voldoen de verzekeraars in hun rol als motor van het zorgstelsel?' beschrijven NZa-economen drie mogelijke verklaringen voor een beperkte selectieve inkoop.⁷⁴ Elk van deze verklaringen lijkt voor in ieder geval één van de beschreven inkoopmarkten relevant.

70 *Monitor en beleidsbrief zorginkoop 2014* (zie noot 68), p. 37; zie ook J.J. Rijken, 'De grenzen van de polder', *ToGR 2014*, afl. 1, p. 3.

71 De NZa rapporteert niet om welke concerns het gaat. Als het de 'grote vier' Achmea, VGZ, CZ en Menzis zouden zijn, is daarmee 90% van de markt vertegenwoordigd.

72 *Marktscan en beleidsbrief Medisch specialistische zorg 2014*, NZa december 2014, p. 32

73 In 2005 waren er 4,2 miljoen particuliere verzekerden op een totaal van 16 miljoen (26%). De particuliere verzekeringen op grond van de Wet op de toegang tot de ziektekostenverzekering 1998 (0,7 miljoen) zijn niet meegeteld. *Kamerstukken II 2003/04*, 29 763, 3, p. 13.

74 *Voldoen de verzekeraars in hun rol als motor van het zorgstelsel?* 2012 (zie noot 5).

In de eerste plaats is selectief inkopen alleen een reële mogelijkheid bij een zekere mate van overcapaciteit op de markt. Als er een tekort bestaat aan bepaalde zorgaanbieders, zullen zorgverzekeraars het zich niet kunnen veroorloven niet alle aanbieders een overeenkomst aan te bieden. Volgens de NZa speelt deze verklaring een rol op de inkoopmarkt voor huisartsenzorg. Een andere mogelijke verklaring voor de hoge contracteergraad op de inkoopmarkt voor huisartsenzorg is de gebruikelijk lange relatie tussen huisartsen en patiënten, die – voeg ik bij wijze van veronderstelling toe – in belangrijke mate wordt bepaald door een persoonlijke ‘klik’ tussen patiënt en huisarts. Zorgverzekeraars schatten in dat deze relatie sterker is dan de relatie tussen de verzekerde en zijn zorgverzekeraar (‘de huisarts verliest geen klanten, de verzekeraar wel’).⁷⁵

In de tweede plaats zullen zorgverzekeraars niet overgaan tot het selectief inkopen van zorg wanneer informatie over de kwaliteit van zorgaanbieders ontbreekt. In dat geval kunnen zorgverzekeraars hun selectie van zorgaanbieders niet uitleggen, zodat selectieve inkoop een groot commercieel risico meebrengt. Het is aannemelijk dat deze omstandigheid een rol speelt bij de (beperkte) keuze van medisch-specialistische behandelingen die zorgverzekeraars selectief inkopen.

In de derde plaats signaleert de NZa dat ook de *dreiging van* selectieve inkoop zorgaanbieders al ertoe kan dwingen hun kwaliteit dan wel doelmatigheid te verbeteren. Mogelijk doet dit effect zich voor op de inkoopmarkt voor fysiotherapie. Daar slagen de zorgverzekeraars erin de prijzen te laten dalen en aanbieders kwaliteitsgegevens te laten aanleveren, zonder dat dit leidt tot een daling van de contracteergraad.

De rapporten van de NZa laten, bijeen genomen, een rijk geschakeerd beeld zien. De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat noch ‘de’ zorgverzekeringsmarkt, noch ‘de’ zorginkoopmarkt bestaat.

4 Concurrentie en de ACM

4.1 Inleiding

Het ligt bij de beantwoording van de vraag naar de aard van de concurrentie tussen zorgaanbieders voor de hand te onderzoeken hoe de mededingingstoezichthouder naar deze concurrentie kijkt. In Nederland is deze toezichthouder de ACM.⁷⁶ De ACM voert de Mededingingswet (Mw) uit: zij houdt toezicht op de

⁷⁵ *Monitor zorginkoop zorgverzekeraars* 2010 (zie noot 66), p. 17.

⁷⁶ Tot 1 april 2013 werd het mededingingstoezicht uitgevoerd door de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), één van de rechtsvoorgangers van de ACM. In dit onderzoek wordt steeds de huidige naam gebruikt.

naleving van het kartelverbod en het verbod op misbruik van een economische machtspositie en voert het concentratietoezicht uit.⁷⁷

Startpunt voor elke mededingingsrechtelijke beoordeling is de marktafbakening. De gevolgen van een bepaalde handeling voor de mededinging kunnen namelijk alleen in kaart worden gebracht als duidelijk is wie de concurrenten zijn van de betrokken partijen. De afbakening van een markt in het mededingingsrecht heeft twee dimensies: de productdimensie en de geografische dimensie. De productdimensie wordt bepaald door de producten (of diensten) die door de afnemer als onderling verwisselbaar worden beschouwd; de geografische dimensie door het gebied waarbinnen de betreffende ondernemingen actief zijn en waarbinnen zij van andere ondernemingen concurrentiedruk ondervinden.⁷⁸

De ACM geeft een duidelijk antwoord op de vraag wie de afnemer van zorg is:

‘De zorgaanbieder verleent zorg aan de patiënt. Er bestaan afzonderlijke productmarkten voor de verschillende soorten zorg, geleverd door verschillende aanbieders/beroepsgroepen (bijvoorbeeld ziekenhuizen, verpleeghuizen, thuiszorginstellingen, apothekers, fysiotherapeuten, oefen-therapeuten, huisartsen of tandartsen). Deze vormen van zorg zijn immers voor de patiënten niet of nauwelijks uitwisselbaar. Er gaat van een fysiotherapeut geen concurrentiedruk uit op een tandarts.’⁷⁹

Zorgaanbieders zijn voor de ACM, met andere woorden, actief op de zorgverleningsmarkten.⁸⁰ Dit betekent dat de ACM bij de beoordeling van fusies tussen zorgaanbieders in beginsel de relevante zorgverleningsmarkten bepaalt en vervolgens beoordeelt wat de effecten van een voorgenomen fusie op deze markten zijn.

Dat betekent echter niet dat de ACM bij haar concentratietoezicht geen aandacht schenkt aan de rol van zorgverzekeraars. Dat gebeurt als onderdeel van het onderzoek naar ‘compenserende afnemersmacht’. Compenserende afnemersmacht bestaat als afnemers ten opzichte van de fuserende partijen over een zodanige

77 Resp. art. 6 (kartelverbod), art. 24 (verbod misbruik machtspositie), art. 29 e.v. (concentratietoezicht) Mw.

78 Bekendmaking van de Commissie van 9 december 1997 inzake de bepaling van de relevante markt voor het gemeenschappelijke mededingingsrecht, *PbEU* 1997, C372/03.

79 *Richtsnoeren voor de zorgsector*, ACM maart 2010, nr. 82.

80 Weliswaar onderscheidt de ACM ook zorginkoopmarkten, maar die spelen als zodanig uitsluitend een rol bij de beoordeling van fusies tussen zorgverzekeraars. Zie bijv. besluit ACM van 1 juni 2011, zaak: 7051 (*Eureka-De Friesland*).

onderhandelingsmacht beschikken, dat die laatste ondanks een groot marktaandeel toch niet de mededinging kunnen belemmeren. Redenen voor compenserende macht van een afnemer zijn bijvoorbeeld 'zijn omvang, zijn commerciële betekenis voor de verkoper en zijn vermogen om over te schakelen op andere leveranciers'.⁸¹

Hierna worden enkele concentratiebesluiten van de ACM besproken, waarin de rol van zorgverzekeraars bijzondere nadruk krijgt.⁸²

4.2 De Friesland-Achmea

Op 1 juni 2011 heeft de ACM een vergunning verleend voor de fusie tussen de zorgverzekeraars De Friesland en Achmea.⁸³ De Friesland is landelijk gezien een kleine zorgverzekeraar, maar wel een met een zeer groot marktaandeel van 60 à 70% in de provincie Friesland. Achmea is landelijk de grootste zorgverzekeraar (marktaandeel 29%); in Friesland heeft zij na De Friesland het grootste marktaandeel.

Het onderzoek in de vergunningfase heeft zich toegespitst op de vraag of de fusiecombinatie in Friesland een zo sterke marktpositie (marktaandeel 70 à 80%) zou krijgen dat zij de prijs-kwaliteitverhouding van haar verzekeringen straffeeloos (dat wil zeggen: zonder dat verzekerden overstappen naar andere zorgverzekeraars) zou kunnen verlagen. Toegespitst op de kwaliteit heeft de ACM onderzocht of de fusiecombinatie de mogelijkheid en de prikkel heeft om op een zodanige wijze zorg in te kopen dat de kwaliteit van zorg daalt.

De ACM komt tot de conclusie dat dit niet het geval is. De positie van zorgverzekeraars ten opzichte van zorgaanbieders is volgens de ACM namelijk in het algemeen niet sterk:

'Uit het marktonderzoek in onderhavige zaak komt naar voren dat de vertrouwensrelatie tussen zorgverzekeraar en verzekerden beperkt is. Bij gebrek aan objectieve en betrouwbare kwaliteitsinformatie wantrouwen verzekerden zorgverzekeraars. Verzekerden kunnen immers niet beoor-

81 Richtsnoeren van 5 februari 2004 voor de beoordeling van horizontale fusies op grond van de Verordening van de Raad inzake de controle op concentraties van ondernemingen *PbEU* 2004, C31/03, nrns. 64-67.

82 Hiervoor zijn de concentratiebesluiten van de ACM uit de periode 2012-2014 op het gebied van de curatieve zorg bestudeerd. Te raadplegen via www.acm.nl/publicaties. Zie ook J.W. Fanoy e.a. 'Kroniek concentratiecontrole 2012', *M&M* 2013, nr. 12, p. 32-52; S. Vinken e.a., 'Kroniek concentratiecontrole 2013', *M&M* 2014, nr. 02, p. 33-46.

83 Besluit ACM van 1 juni 2011, zaak: 7051 (*Eureka-De Friesland*).

delen of de zorgverzekeraar alleen op prijs selecteert of ook op kwaliteit. Verzekerden hechten daarentegen wel waarde aan het oordeel van ziekenhuizen over hun eigen kwaliteit en vinden dat de verantwoordelijkheid voor kwaliteit bij het ziekenhuis hoort te liggen. [...] Nu scoort De Friesland hoog op klanttevredenheid, maar zodra dat na samenvoeging met Achmea zou verminderen en voldoende verzekerden als gevolg daarvan bereid zouden zijn om over te stappen naar een andere verzekeraar, zullen de andere landelijke zorgverzekeraars zich op verschillende manieren inspannen om die verzekerden naar zich toe te trekken.⁸⁴

De ACM heeft vervolgens de fusie toegestaan.

4.3 *November 2012-besluiten*

Op 2 november 2012 heeft de ACM vergunningen verleend voor drie ziekenhuisfusies: tussen het Kennemer Gasthuis (Haarlem) en het Spaarne Ziekenhuis (Hoofddorp en Heemstede), tussen het TweeSteden Ziekenhuis (Tilburg en Waalwijk) en het St. Elisabeth Ziekenhuis (Tilburg) en tussen Orbis Medisch Centrum (Sittard) en Atrium Medisch Centrum Parkstad (Heerlen).

De 'november 2012-besluiten' gaan allemaal over ziekenhuisparen die elkaars meest nabije concurrent zijn. In het gebied dat de ACM als de geografische markt beschouwt, zullen de fusieziekenhuizen zeer hoge marktaandeelen hebben (steeds circa 70%, in het 'centrum' van de markten nog hoger). De fusie schakelt de belangrijkste concurrentiedruk die de fuserende ziekenhuizen ondervinden uit.

Zonder bijkomende omstandigheden zou dit volgens de ACM moeten leiden tot een weigering van de vergunning, omdat door de fusie 'de daadwerkelijke mededinging op de Nederlandse markt of een deel daarvan op significante wijze zou worden belemmerd'.⁸⁵

De ACM heeft echter in het tweede deel van de besluiten onderzocht in hoeverre zorgverzekeraars in staat zijn het fusieziekenhuis te disciplineren. Daartoe heeft een aantal zorgverzekeraars zienswijzen gegeven. Ook hebben de ziekenhuizen zelf standpunten ingenomen en onderbouwd.

De ACM onderscheidt drie vormen van disciplinering van zorgaanbieders door zorgverzekeraars:

1. sturing van patiënten,
2. stimulering van toetreding door andere zorgaanbieders en
3. andere vormen van disciplinering.

84 Besluit ACM van 1 juni 2011, zaak: 7051 (*Eureko-De Friesland*), rnr. 56.

85 Artikel 41 lid 2 Mw.

Ad 1. De ACM signaleert dat de zorgverzekeraars vanaf 2011 zijn begonnen met het selectief inkopen van bepaalde medisch-specialistische behandelingen. Een bekend voorbeeld is de wijze waarop CZ vanaf 2011 ziekenhuizen beoordeelt en selecteert op basis van de kwaliteit van de behandeling van borstkanker. Een ander voorbeeld is de selectieve inkoop door Menzis van behandelingen van rug-hernia's en van heupvervangingen.

De ACM merkt op dat het selectie criterium in deze voorbeelden steeds de kwaliteit van zorg is. Uit economisch onderzoek blijkt dat patiënten bereid zijn voor een betere behandeling verder te reizen. Het is onduidelijk of dat ook geldt voor een goedkopere behandeling. Weliswaar hebben de bevroegde zorgverzekeraars het voornemen de vergoeding voor niet-gecontracteerde behandelingen te verlagen, maar volgens de ACM moet worden afgewacht of 'verzekerden hier tegen in opstand zullen komen en/of zullen overstappen naar een andere zorgverzekeraar als zij zich te veel in hun keuzevrijheid beperkt voelen'.⁸⁶

Zorgverzekeraars kunnen verzekerden ook sturen door bij bepaalde ziekenhuizen lagere aantallen behandelingen in te kopen dan bij andere ziekenhuizen. Als het ziekenhuis het overeengekomen aantal behandelingen heeft verleend, zullen de verzekerden van de betreffende verzekeraar op een wachtlijst worden geplaatst. Patiënten die niet bereid zijn te wachten, zullen door bemiddeling van de zorgverzekeraar in een ander ziekenhuis worden behandeld. De ACM constateert dat dit voornamelijk een theoretische sturingsmogelijkheid is: alleen CZ heeft aangekondigd ervan gebruik te maken.

Ad 2. De ACM stelt vast dat zelfstandige behandelcentra (ZBC's) op het moment van de besluiten nog slechts een beperkte rol in de markt hebben. De verwachting is dat zelfstandige toetreding van ZBC's tot de markt de fusieziekenhuizen niet voldoende zal disciplineren. Dat zou anders kunnen zijn als zorgverzekeraars deze toetreding stimuleren. De bevroegde zorgverzekeraars merken op dat zij meer dan vroeger contracten sluiten met ZBC's. De ACM concludeert echter dat deze beweging nog niet de omvang heeft om ziekenhuizen werkelijk te disciplineren.

Ad 3. De bevroegde zorgverzekeraars en ziekenhuizen hebben voorts gewezen op hun wederzijdse afhankelijkheid. Zij benadrukken dat beide partijen er belang bij hebben om 'er uit te komen' omdat zij elkaar jaar in jaar uit tegenkomen en omdat het niet sluiten van een contract aan beide kanten veel administratieve lasten en onzekerheid met zich meebrengt. De ACM constateert dat het wederzijdse belang om tot een overeenkomst te komen niets zegt over de vraag wie bij de onderhandelingen de meeste invloed kan doen gelden.

86 Besluit ACM van 2 november 2012, zaak: 7332 (*Spaarne Ziekenhuis-Kennemer Gasthuis*), rnr. 106.

Hetzelfde geldt voor de door de zorgverzekeraars genoemde mogelijkheden van het gebruik van benchmarks in de onderhandelingen en van het staken van de bevoorschotting van ziekenhuizen. De ACM is van oordeel dat de mate waarin van deze middelen gebruik kan worden gemaakt afhangt van de 'onderliggende' invloedsverhoudingen.

De ACM concludeert dat de markten voor ziekenhuiszorg 'in transitie' zijn, waardoor het moeilijk is een inschatting te maken van de mate waarin zorgverzekeraars ziekenhuizen door inzet van de besproken instrumenten kunnen disciplineren. Het optimisme van de zorgverzekeraars over hun pressiemiddelen is niet of nauwelijks gebaseerd op de werkelijke inzet ervan.

In het licht van deze omstandigheden, die de ACM in de loop van de vergunningprocedure aan de ziekenhuizen heeft meegedeeld, hebben de ziekenhuizen een toezegging gedaan over de prijzen die zij na de fusies in rekening zullen brengen. Op grond van deze toezeggingen heeft de ACM vergunningen voor de drie fusies verleend.

4.4 *West-Brabantse ziekenhuizen*

Op 30 september 2013 heeft de ACM een vergunning verleend voor de fusie van de 'West-Brabantse ziekenhuizen': het Lievensberg Ziekenhuis in Bergen op Zoom en het St. Franciscus Ziekenhuis in Roosendaal.⁸⁷

Ook in het onderzoek dat de ACM in deze procedure heeft uitgevoerd, nemen de mogelijkheden van zorgverzekeraars om het fusieziekenhuis te disciplineren een voorname rol in. In het besluit worden de standpunten van verschillende partijen over dit onderwerp besproken.

De fusiepartners zelf melden de ACM dat de zorgverzekeraars in toenemende mate een disciplinerende rol uitoefenen ten aanzien van prijs, kwaliteit en doelmatigheid van de zorg. De bevroegde zorgverzekeraars denken daar hetzelfde over.

CZ geeft in het besluit inzicht in haar strategie bij selectieve inkoop. Het direct 'sturen' van verzekerden kan volgens CZ tot imagoschade leiden. CZ kiest er daarom voor om wachtlijsten te laten ontstaan bij ziekenhuizen die voor bepaalde aandoeningen minder goed presteren. Een andere optie is het selectief inkopen van zorg waarbij geen directe vertrouwensrelatie bestaat tussen zorgaanbieder en patiënt, zoals laboratoriumdiagnostiek.

87 Besluit ACM van 30 september 2013, zaak: 13.0438.24 (*Stichting Lievensberg Ziekenhuis-Stichting St. Franciscus Ziekenhuis*). Het interessante oordeel van de ACM over het 'cascade-effect', dat zou meebrengen dat de concurrentie ook zonder de fusie al zou verminderen, moet hier buiten beschouwing blijven.

Achmea noemt de mogelijkheid van het financieel ‘belonen’ van een ziekenhuis, bijvoorbeeld door het afsluiten van meerjarige contracten, gerichte zorgbemiddeling naar dat ziekenhuis of het toekennen van een ‘pluscertificaat’ bij onderscheidende kwaliteit.

Opvallend is dat de Nederlandse Patiënten- en Consumentenfederatie (NPCF) zich in de discussie over de verlening van een vergunning aan de West-Brabantse ziekenhuizen heeft gemengd. De NPCF heeft, ook in reactie op de hiervóór besproken november 2012-besluiten, een zienswijze ingediend. Zij stelt zich op het standpunt dat het niet aannemelijk is dat de zorgverzekeraars het fusieziekenhuis zullen kunnen disciplineren. De reden daarvan is dat zorgverzekeraars terughoudend zijn met het ‘sturen’ van patiënten:

‘De reden daarvoor is de angst voor mogelijke reputatieschade. [De NPCF] wijst hierbij naar de praktijk dat alle zorgverzekeraars nagenoeg alle aanbieders contracteren en dat CZ die zij als koploper ziet op het gebied van selectieve inkoop slechts voor een aantal aandoeningen selectief inkoop en dit aantal niet noemenswaardig uitbreidt in de contracteerperiode voor 2014. Zorgverzekeraars maken volgens de NPCF alleen gebruik van de mogelijkheid om de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg te beperken bij privéklinieken. De reden hiervoor is dat zorgverzekeraars kampen met een vertrouwensprobleem.’⁸⁸

De ACM heeft zich door dit betoog niet laten overtuigen:

‘ACM acht het aannemelijk dat zorgverzekeraars in de toekomst meer op kwaliteit en prijs zullen gaan sturen en dat verzekerden/patiënten hen hierin zullen volgen. Bovendien verwacht ACM dat zorgverzekeraars het instrument van selectief inkopen waar nodig zullen inzetten, maar dat zij rekening zullen houden met hoe patiënten hier tegen aan kijken. Zij beschikken daarnaast over andere mogelijkheden. [...] ACM acht het aannemelijk dat genoemde mogelijkheden voldoende zijn om ook na de concentratie partijen te kunnen disciplineren.’⁸⁹

Deze overweging heeft bijgedragen aan het verlenen van de vergunning. De NPCF heeft tegen de vergunning beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam.

88 Besluit ACM van 30 september 2013, zaak: 13.0438.24 (*Stichting Lievensberg Ziekenhuis-Stichting St. Franciscus Ziekenhuis*), rnr. 87. De NPCF verwijst ter onderbouwing van dit vertrouwensprobleem naar R. Bes, S. Wendel en J. de Jong, ‘Het vertrouwensprobleem van zorgverzekeraars’, *ESB* 2012, 97(4647), p. 676-677.

89 Besluit ACM van 30 september 2013, zaak: 13.0438.24 (*Stichting Lievensberg Ziekenhuis-Stichting St. Franciscus Ziekenhuis*), rnr. 91.

4.5 *Beschouwing*

De beoordeling door de ACM van ziekenhuisfusies bevat een opmerkelijke inconsistentie. De ACM neemt als uitgangspunt van haar beoordelingen dat de patiënt de afnemer van de zorgaanbieder is. Dat staat in de *Richtsnoeren voor de zorgsector* en ook in de concentratiebesluiten worden de markten in beginsel afgebakend door te kijken naar de voorkeuren van de patiënt.

Vervolgens beoordeelt de ACM echter in het kader van ‘compenserende afnemersmacht’ de invloed van de zorgverzekeraar. Compenserende afnemersmacht doet zich voor wanneer een gefuseerde partij zich geconfronteerd ziet met afnemers die een sterke onderhandelingspositie hebben, zoals Nederlandse leveranciers van levensmiddelen met slechts enkele (inkoopcombinaties van) supermarkten.

Maar als de *patiënt* de afnemer van de zorgaanbieder is, kan de *zorgverzekeraar* geen compenserende afnemersmacht uitoefenen. In een recent besluit schrijft de ACM over ‘de rol van de afnemer en inkoper van de zorg, te weten de patiënt en de zorgverzekeraar’.⁹⁰ Net zo min als de frase dat de zorgverzekeraar bij de zorginkoop optreedt als ‘vertegenwoordiger’ van de patiënt werpt deze formulering helder licht op de vraag welke partij nu in welke mate invloed uitoefent op (fuse-rende) zorgaanbieders.

Tegen deze achtergrond zijn zorgverzekeraars de afgelopen jaren erin geslaagd om volstrekt tegengestelde opvattingen over hun positie ingang te doen vinden bij de toezichthouder. Waar de zorgverzekeraars De Friesland en Achmea zelfs met een marktaandeel van meer dan driekwart geen sterke positie ten opzichte van de Friese zorgaanbieders zouden hebben, dichten de zorgverzekeraars in de andere besproken besluiten zich wel een krachtige positie ten opzichte van de ziekenhuizen toe.

Uiteraard zijn tussen de verschillende besproken besluiten twee jaar verstreken, maar de lezer kan zich toch niet aan de indruk onttrekken dat de zorgverzekeraars in kwestie niet uitsluitend een neutrale visie hebben gegeven op hun positie in het stelsel maar zich ook rekenschap hebben gegeven van hun eigen belangen in de verschillende procedures. Een treffend voorbeeld daarvan is de opvatting van Achmea over de fusie tussen het Kennemer Gasthuis en het Spaarne Ziekenhuis:

‘In het begin van het fusietraject heeft Achmea^[noot] zich terughoudend opgesteld ten aanzien van de fusie omdat voor haar onduidelijk was op

90 Besluit ACM van 18 maart 2014, zaak: 13.1464.22 (*Stichting Albert Schweitzer Ziekenhuis-Stichting Rivas Zorggroep*), rnr. 41.

welke termijn de met de fusie gepaard gaande inhoudelijke verbetering en doelmatigheidswinst gerealiseerd zou worden. Hier zijn nu concrete afspraken over gemaakt met partijen waardoor Achmea de fusie ondersteunt.⁹¹

Toen Achmea eenmaal een goede ‘deal’ met de ziekenhuizen had gesloten, heeft zij aan de ACM uitgelegd dat zij over ‘verschillende middelen beschikt om te sturen op prijs en kwaliteit’.⁹² Dat was precies de visie die de fuserende partijen nodig hadden om goedkeuring voor de fusie te verkrijgen.

Hiermee wil niet gezegd zijn dat zorgverzekeraars (of welke andere partij dan ook) hun zienswijzen bij de ACM niet mogen ‘kleuren’ op basis van hun eigen belang, maar wel dat de ACM zou moeten beschikken over een toetsingskader dat haar daarvan minder afhankelijk maakt.⁹³

Een dergelijk toetsingskader zou als uitgangspunt kunnen hebben dat zorgaanbieders vanuit een perspectief van concurrentie op twee verschillende markten zorg aanbieden: de zorgverleningsmarkten en de zorginkoopmarkten.

Op de zorgverleningsmarkten wordt de keuze voor een zorgaanbieder gemaakt door de patiënt. Het onderzoek van de zorgverleningsmarkten heeft dus betrekking op de zorg aan die patiënten die vrijelijk een zorgaanbieder kunnen kiezen. Uit het onderzoek van de NZa blijkt dat het daarbij gaat om circa 30% van de patiënten, een niet te verwaarlozen aantal. Op deze markt speelt de zorgverzekeraar geen rol.⁹⁴

91 Besluit ACM van 2 november 2012, zaak: 7332 (*Spaarne Ziekenhuis-Kennemer Gasthuis*), rnr. 92.

92 Besluit ACM van 2 november 2012, zaak: 7332 (*Spaarne Ziekenhuis-Kennemer Gasthuis*), rnr. 94.

93 Aldus ook E. Loozen, M. Varkevisser en E. Schut, ‘Beoordeling ziekenhuisfusies door ACM: staat de consument wel echt centraal?’, *M&M* 2014, afl. 1, p. 9.

94 Opgemerkt moet worden dat zorgverzekeraars op dit moment bij het inkopen van zorg geen onderscheid maken tussen zorg die wordt ingekocht voor verzekeren met uiteenlopende polissen. De voorwaarden (tarieven, kwaliteit, etc.) die zorgverzekeraars bedingen gelden dus ook voor de verzekeren die zich vrijelijk tot andere dan de gecontracteerde aanbieders kunnen wenden. Een onderzoeksvraag zou zijn in welke mate zorgverzekeraars op deze wijze invloed kunnen uitoefenen op de zorg aan deze verzekeren. Ik veronderstel dat een verzekeraar met *uitsluitend* ‘vrijekeuzeverzekeren’ bij de zorginkoop geen betekende voordelen kan bedingen; daarom heb ik de zorg aan deze verzekeren vooralsnog beschouwd als onderdeel van de zorgverleningsmarkten.

Op de zorginkoopmarkten wordt de keuze voor een zorgaanbieder gemaakt door de zorgverzekeraar. Bij het onderzoek van de zorginkoopmarkten gaat het om de zorg die zorgverzekeraars inkopen voor hun verzekerden. Deze verzekerden zijn vervolgens in beginsel verplicht zich te wenden tot een gecontracteerde zorgaanbieder. Uit het onderzoek van de NZa blijkt dat het daarbij gaat om circa 70% van de patiënten. De compenserende afnemersmacht van de zorgverzekeraars kan op deze markten uiteraard wel een rol spelen.

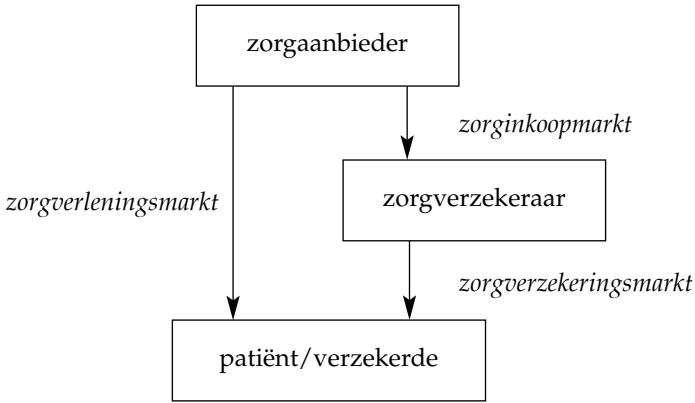
Hoewel de verzekerden op de zorginkoopmarkten geen partij zijn, zijn zij bij het onderzoek van deze markten wel relevant. Belangrijke vragen zullen namelijk zijn (i) wat de voorkeuren van verzekerden zijn ten aanzien van de betreffende zorg en (ii) in hoeverre de voorkeuren van verzekerden van invloed zijn op de keuzes die zorgverzekeraars maken bij de zorginkoop. Concreter: als verzekerden niet bereid zijn om zich voor bepaalde zorg te laten 'sturen' naar een gecontracteerde aanbieder, dan heeft de zorgverzekeraar niet een sterke onderhandelingspositie op de inkoopmarkt voor die zorg. De ACM hoeft om inzicht te krijgen in dit soort voorkeuren niet af te gaan op de mededelingen van zorgverzekeraars; zij kan daarnaar zelf onderzoek doen (of dat aan fuserende partijen vragen).

Een dergelijke benadering is in het mededingingsrecht niet ongebruikelijk. De ACM heeft bijvoorbeeld in een besluit over de fusie van twee beschuitproducenten de markt onderzocht waarop deze producenten beschuit verkopen aan supermarkten. Bij dat onderzoek komt ACM al snel tot de conclusie dat de omstandigheden op deze 'beschuitinkoopmarkt' in belangrijke mate worden bepaald door de voorkeuren van consumenten in de supermarkt. Zij heeft daarom bijvoorbeeld onderzocht of consumenten beschuit van een huismerk beschouwen als een alternatief voor beschuit van Bolletje (antwoord: ja) en of deze opvatting consequenties heeft voor de wijze waarop supermarkten beschuit inkopen (antwoord: ja).⁹⁵

Zo bekeken verdient het klassieke beeld van de 'zorgdriehoek' bijstelling. Vanuit mededingingsperspectief zou gesproken moeten worden over een 'zorgkolom', waarin zorgaanbieders via twee te onderscheiden routes zorg aan de patiënt verlenen: direct (op de zorgverleningsmarkt) of indirect (op de zorginkoopmarkt, de zorgverzekeraars 'verstrekken' deze zorg op de zorgverzekeringmarkt aan de

95 Besluit ACM van 14 december 2012, zaak: 7321 (*Continental Bakeries-A.A. ter Beek*), nrns. 33-64; Rb. Rotterdam 27 februari 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1323. Zie ook Beschikking van de Commissie van 5 september 2007, zaak: COMP/M.4533 (*SCA-P&G*), nr. 29; Beschikking van de Commissie van 17 december 2008, zaak: COMP/M.5046 (*Friesland Foods-Campina*), nrns. 174-175.

patiënt).⁹⁶ De ACM zou in haar toezicht op fusies tussen zorgaanbieders de gevolgen op beide markten moeten beoordelen.



De benadering die hier is voorgesteld leidt er naar mijn verwachting toe dat de rol van zorgverzekeraars in de mededingingsbeoordeling bij veel vormen van zorg beperkt zal zijn. Voor de zorg die wordt aangeboden op de zorgverleningsmarkten (circa 30% van de patiënten) is deze rol hoe dan ook afwezig. Voor de zorg die wordt aangeboden op de zorginkoopmarkten (circa 70% van de patiënten) is de betekenis van de zorgverzekeraars afhankelijk van de omstandigheden op de relevante inkoopmarkt en van de voorkeuren van verzekerden ten aanzien van de zorg waarom het gaat.

Er is reden om aan te nemen dat ook hier de invloed van zorgverzekeraars moet worden gerelativeerd. Zowel de NZa als de ACM wijzen erop dat verzekerden slechts bereid zullen zijn selectieve zorginkoop door hun verzekeraar te accepteren als de verzekeraar zijn keuze kan rechtvaardigen door te wijzen op kwaliteitsverschillen tussen zorgaanbieders.⁹⁷ Dit impliceert dat de handelingsvrijheid van zorgverzekeraars in drie opzichten beperkt is: (i) selectieve zorginkoop is niet goed mogelijk als niet voldoende kwaliteitsinformatie beschikbaar is, (ii) als wel

96 In deze benadering zou onderscheid moeten worden gemaakt tussen twee zorgverzekeringsmarkten: één voor zorgverzekeringen waarin de verzekerden gebonden zijn aan de keuze van de verzekeraar voor bepaalde zorgaanbieders en één voor zorgverzekeringen waarin de verzekerden vrijelijk een zorgaanbieder kunnen kiezen. Dit moet verder buiten beschouwing blijven.

97 *Voldoen de verzekeraars in hun rol als motor van het zorgstelsel?* 2012 (zie noot 5), p. 11; Besluit ACM van 1 juni 2011, zaak: 7051 (*Eureko-De Friesland*); Besluit ACM van 2 november 2012, zaak: 7332 (*Spaarne Ziekenhuis-Kennemer Gasthuis*), rnr. 106.

kwaliteitsinformatie beschikbaar is, kunnen verzekeraars uitsluitend kiezen voor de zorgaanbieders met een relatief goede kwaliteit en (iii) selectieve zorginkoop op grond van verschillen in *prijzen* tussen zorgaanbieders lijkt niet goed mogelijk.

5 Evaluatie

‘Gereguleerde concurrentie’ is een centraal begrip in het nieuwe stelsel van de curatieve gezondheidszorg. Het karakter van die concurrentie is in de totstandkoming van het stelsel maar weinig onderwerp geweest van discussie. De politieke tegenstelling was die tussen ‘concurrentie’ (waarmee werd bedoeld een model waarin zorgaanbieders concurreren om de gunst van zorgverzekeraars, die op hun beurt concurreren om de gunst van verzekerden) en ‘geen concurrentie’.

Deze tegenstelling miskent dat concurrentie in de curatieve gezondheidszorg ook kan worden vormgegeven op een wijze die de zorgverleningsmarkten centraal stelt: concurrentie tussen zorgaanbieders om de gunst van de patiënt. In het bekende *Redefining Health Care* propageren Porter en Teisberg een model van *value-based competition*, waarin patiënten op basis van informatie over de prestaties van zorgaanbieders kiezen voor die aanbieder die hun aandoening het beste kan behandelen.⁹⁸ Omdat ervaren aanbieders betere zorg verlenen (‘oefening baart kunst’), moeten zorgaanbieders zich specialiseren⁹⁹ en organiseren rondom het probleem van de patiënt, niet rondom het specialisme van de dokter. Vanwege de enorme inefficiëntie van de huidige zorgaanbieders, in het bijzonder ziekenhuizen, zal deze ontwikkeling leiden tot zowel een hogere kwaliteit als lagere kosten, aldus Porter en Teisberg.

De rol van de zorgverzekeraar (*health plan*) is in dit concurrentiemodel niet het ‘sturen’ van verzekerden naar gecontracteerde zorgaanbieders, maar het ondersteunen van de patiënt in zijn (vrije) keuze voor de beste zorgaanbieder:

‘Health plans must become organizations dedicated to patient and physician information, support, and service, not organizations for administrative, auditing, and financial services. Everything plans do must first and foremost be centered on patients and their health.’¹⁰⁰

98 M.E. Porter en E. Olmsted Teisberg, *Redefining Health Care. Creating Value-Based Competition on Results*, Boston: Harvard Business Review Press 2006. Zie ook J.G. Sijmons, ‘De cure: transitie en onbalans’ en G.R.J. de Groot, ‘De schuivende panelen van de zorgverzekering’, in: *Stelsel onder stress* (preadvies 2011 Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu, 2011, p. 47-48 en 215-218.

99 Zie hierover J.J. Rijken, ‘Concentratie van ziekenhuiszorg – iemand moet het doen, maar wie?’ *TvGR* 2011, afl. 7, p. 544-559.

100 Porter en Olmsted Teisberg 2006 (zie noot 98), p. 231-232.

Zoals beschreven: in het concept van het stelsel was concurrentie synoniem met concurrentie tussen zorgaanbieders op de zorginkoopmarkten. In de uitwerking stond echter de keuzevrijheid van de burger *voor een zorgverzekering* voorop. Daardoor kon de wetgever geen duidelijke keuzes maken over welk concurrentiemodel voor welke vorm van zorg geschikt zou zijn. 'De markt', waarmee de zorgverzekeringsmarkt werd bedoeld, zou wel bepalen of burgers zouden kiezen:

- voor verzekeringen die hen veel keuzevrijheid tussen zorgaanbieders zouden laten (in welk geval aanbieders zouden concurreren om de gunst van de patiënt) of
- voor verzekeringen waarin zij gebonden zouden zijn aan de keuze van de verzekeraar voor een zorgaanbieder (in welk geval aanbieders zouden concurreren voor de gunst van de verzekeraar).

Deze benadering van de wetgever heeft ertoe geleid dat het karakter van de concurrentie tussen zorgaanbieders onhelder is. Voor vrijwel alle verzekerde zorg sluiten zorgverzekeraars overeenkomsten af, zodat zorgaanbieders actief (moeten) zijn op een zorginkoopmarkt. Deze zorgverzekeraars kopen echter meestal geen zorg in voor een homogene populatie verzekerden: in ieder geval alle grote zorgverzekeraars bieden zowel een 'budgetpolis' als een naturapolis als een restitutiepolis aan.

Als selectieve zorginkoop plaats vindt, beperkt het hinderpaalcriterium de mogelijkheid van zorgverzekeraars om daaraan consequenties voor verzekerden te verbinden. Het criterium leidt ertoe dat de combinatie van de kosten van een behandeling en de financiële situatie van de verzekerde bepaalt of niet-gecontracteerde zorgaanbieders binnen het bereik van verzekerden liggen. Het criterium is geïntroduceerd als compromis tussen keuzevrijheid en doelmatigheid (§ 2.2); de gevolgen van het criterium in het concrete geval zijn tamelijk willekeurig.

In deze mistige omgeving laat zich de vraag wie de zorgaanbieder als zijn klant moet beschouwen niet gemakkelijk beantwoorden. Dat ook de ACM met de vraag worstelt, verbaast daarom niet.

Wel is duidelijk dat het beeld van 'de zorgverzekeraar als regisseur van het stelsel' vanuit een perspectief van concurrentie onjuist is. Voor flinke delen van de zorg is het niet de zorgverzekeraar maar de patiënt die de keuze voor een zorgaanbieder maakt. Daar kan de zorgverzekeraar niet meer zijn dan 'souffleur van de patiënt'.

Is deze onhelderheid een probleem? Ja. Concurrentie tussen zorgaanbieders functioneert niet vanzelf. De overheid moet op elke markt mededingingsbeperkend gedrag voorkomen. In de zorg komt daar bij dat de overheid verantwoordelijk is voor de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de verleende diensten. Om die taken te kunnen uitvoeren is het noodzakelijk om helderheid te scheppen

over het karakter van de concurrentie tussen bepaalde zorgaanbieders. Als per vorm van zorg duidelijk is wie de keuze voor een aanbieder maakt, zal de ACM gemakkelijker tot een scherpe beoordeling van fusievoornemens kunnen komen. Als voor bepaalde vormen van zorg de concurrentie plaatsvindt op de zorgverleningsmarkt, kan voor die vormen van zorg niet worden verwacht dat de zorgverzekeraars de kosten beheersen en moet de overheid daarin wellicht op een andere wijze voorzien. Voor die zorg moet de door Porter en Teisberg bepleite adviesrol van zorgverzekeraars met krachtige steun van de overheid tot ontwikkeling komen.

Vanuit het perspectief van concurrentie tussen zorgaanbieders zou het daarom de voorkeur hebben dat de overheid per vorm van zorg eenduidig bepaalt wie de klant van de zorgaanbieder is. Deze keuze kan worden gemaakt op basis van kenmerken van de markt (zoals in de Wet HOZ, zie § 2.2) en politieke oordelen over de keuzevrijheid van patiënten (zoals in wetsvoorstel 33 362 voor eerstelijns zorgaanbieders, zie § 2.5).

Voor zorgvormen waarover de verwachting is dat concurrentie om de gunst van de patiënt goede uitkomsten heeft dan wel waarvoor om andere redenen wenselijk wordt geacht dat de patiënt zelf de zorgaanbieder kiest, kan de overheid bepalen dat zij in de zorgverzekering op basis van restitutie (zonder beperking van de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg) worden opgenomen.¹⁰¹

Voor zorgvormen waarover de verwachting is dat inkoop en sturing door zorgverzekeraars nodig zijn om de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid te waarborgen, kan de overheid bepalen dat zij in de zorgverzekering op basis van natura (zonder vergoeding van niet-gecontracteerde zorg) worden opgenomen.

In deze benadering zou het ook tot de mogelijkheden moeten behoren dat de overheid bepaalt dat bepaalde vormen van zorg door de zorgverzekeraars gezamenlijk worden ingekocht. Die keuze zou kunnen worden gemaakt voor zorgvormen die (uit oogpunt van kwaliteit of doelmatigheid) slechts door één of enkele zorgaanbieders of (vanwege de noodzakelijke beschikbaarheid) door een 'netwerk' van zorgaanbieders zouden moeten worden verleend.¹⁰² Ook deze

101 Ook voor zorgvormen waarvoor het niet mogelijk is voldoende zorgaanbieders te contracteren, zoals de in § 2.6 genoemde acute zorg in het buitenland, zou deze categorie geschikt zijn.

102 Bij de eerste categorie valt te denken aan zorg die op dit moment onderworpen is aan een vergunningenregime op grond van de Wet bijzondere medische verrichtingen. Een voorbeeld van de tweede categorie zijn de spoedeisende eerste hulpafdelingen (SEH's) van ziekenhuizen. Een poging tot gezamenlijke inkoop van SEH-zorg strandde in 2014 omdat de ACM daartegen mededingingsrechtelijke bezwaren had. Zie 'ACM wijst zorgverzekeraars op mededingingsrisico bij uitvoering gezamenlijke plannen spoedeisende zorg', ACM 16 juli 2014, acm.nl.

vormen van zorg lenen zich voor opname in de zorgverzekering op basis van *natura*.

Het is niet moeilijk 'princiële' en juridische bezwaren tegen deze benadering te formuleren. Die laatste categorie zal vooral te vinden zijn in het Europese recht. In de beroemde 'Bolkestein-brief' heeft de Europese Commissie een duidelijke waarschuwing gegeven over de toelaatbaarheid van een wettelijk voorgeschreven naturaverzekering.¹⁰³ Een door de overheid verplichte gezamenlijke inkoop door zorgverzekeraars stuit allicht op de *effet utile*-doctrine.¹⁰⁴

Dit illustreert dat de inrichting van ons stelsel van curatieve gezondheidszorg een politieke, economische en juridische balanceeract is. Uit dit onderzoek blijkt dat één evenwicht daarbij niet bestaat: daarvoor zijn de verschillen tussen de vormen van verzekerde zorg én tussen de verzekeringsvormen te groot.

103 Brief van de Europese Commissie, 25 november 2003, kenmerk: CAB/PvB/D(03)0848 (niet gepubliceerd).

104 Deze doctrine komt erop neer dat lidstaten in het licht van het beginsel van Unietrouw geen maatregelen mogen nemen die mededingingsbeperkende afspraken van ondernemingen dwingend opleggen. Zie HvJ EG 9 september 2003, zaak C-198/01 (*CIF*).

Deel 3

Vertrouwen komt te voet. Over de ambities van de Wmo 2015

Mr. dr. M.F. Vermaat¹

1 Matthijs Vermaat is advocaat-partner bij Van der Woude De Graaf advocaten te Amsterdam. Hij dankt mr. M.M.S. van Dongen voor haar research ten behoeve van dit preadvies.

1 Inleiding

Op 1 januari 2015 is de nieuwe Wet maatschappelijke ondersteuning ingevoerd (Wmo 2015²). Het primaire doel van de wet is het mogelijk maken voor mensen uit de doelgroep³ om langer thuis te kunnen blijven wonen en te participeren in de samenleving. Ook de bestrijding van huiselijk geweld en het bieden van opvang⁴ vallen onder de Wmo 2015. Verder voorziet de wet in een versterking van de positie van de mantelzorger. De gemeente wordt in de Wmo 2015 wettelijk verplicht te onderzoeken wat de situatie is van mensen die zich melden met een zogenoemde ondersteuningsvraag. Uit dit onderzoek zal moeten blijken of iemand ondersteuning nodig heeft en hoe daarin kan worden voorzien. Elke gemeente regelt de ondersteuning op zijn eigen manier. Vaak zijn sociale wijkteams opgericht waar mensen terecht kunnen met hun hulpvraag. Het treffen van voorzieningen maakt daarvan onderdeel uit, maar is zeker niet de hoofdmoot van de Wmo 2015. Eerst en vooral wordt gekeken naar wat de burger en zijn netwerk zelf kan doen om het probleem het hoofd te bieden.

In de Wmo 2007, de voorganger van de huidige Wmo 2015, was aan de gemeente een resultaatsverplichting tot compensatie opgelegd. Dat werd als een harde aanspraak voor elke burger op compensatie gezien en het resultaat werd door de bestuursrechter integraal, en niet marginaal, getoetst.⁵ Gemeenten voelden zich beperkt in hun beleidsvrijheid en vonden de rechter soms maar een lastige potentkijker. In de Wmo 2015 is de compensatieplicht verdwenen en vervangen door de verplichting tot het treffen van een maatwerkvoorziening, maar pas nadat is gebleken dat andere oplossingen niet toereikend zijn. In de wet zijn stringente voorwaarden ten aanzien van het onderzoek – dat aan de besluitvorming vooraf gaat – gesteld. Het door de gemeente te verrichten onderzoek mondt niet per definitie uit in een besluit. Dat is pas het geval als er een maatwerkvoorziening nodig is, of als de gemeente en de burger er niet samen uit komen. Volgens de regering biedt de Wmo 2015 niet minder rechtszekerheid dan de Wmo 2007. Als tijdens het onderzoek blijkt dat de burger niet zelfredzaam is dan is de gemeente gehouden de benodigde ondersteuning te bieden.⁶ Op zich is deze stelling juist. De grondgedachte van de Wmo 2007, waarin eveneens veel nadruk werd gelegd op de eigen verantwoordelijkheid van de burger, verschilt immers niet fundamenteel van die van de Wmo 2015. Wel is in de Wmo 2015 door het in de wet

2 *Stb.* 2014, 280.

3 De doelgroep wordt gevormd door mensen met een beperking, chronisch psychische of psychosociale problemen.

4 Aan mensen met psychische of psychosociale problemen of voor mensen die de thuissituatie hebben verlaten, al dan niet in verband met de risico's voor hun veiligheid als gevolg van huiselijk geweld.

5 CRvB 10 december 2008, nr. 08-3206 WMO, ECLI:NL:CRvB:2010:BG6612.

6 Brief van 1 mei 2014, 368189-120542-DMO.

vastleggen van de wijze waarop onderzoek en de besluitvorming moeten plaatsvinden, waarbij de aanvraag pas na het onderzoek kan worden gedaan, meer ruimte voor de gemeente om druk uit te oefenen op de 'cliënt' om zijn sociaal netwerk in te schakelen of een bepaalde oplossing te accepteren.

In dit preadvies wil ik mij richten op de doelstelling van de Wmo en de wijze waarop daaraan vorm wordt gegeven als het gaat om de zelfredzaamheid en participatie (een van de onderdelen van de maatschappelijke ondersteuning).⁷ Meer specifiek ga ik in op het onderzoek dat plaatsvindt nadat iemand zich bij de gemeente heeft gemeld voor maatschappelijke ondersteuning. Dit onderzoek is inmiddels bekend geworden onder de naam 'keukentafelgesprek'. In deze fase wordt de hulpvraag in kaart gebracht en wordt bezien welke ondersteuning noodzakelijk is. De uitkomst van dit gesprek is uiterst belangrijk omdat er, indien nodig, een advies voor c.q. een aanvraag voor een maatwerkvoorziening volgt. Pas dan volgt de (formele) beoordeling die uitmondt in een besluit in de zin van de Awb. Dit vormt een fundamenteel verschil met de Wmo 2007. Dat er tijdens het in kaart brengen in het keukentafelgesprek, privacyrisico's kunnen optreden zal niet verbazen. In paragraaf 5 wordt daar nader op ingegaan.

2 Wat aan de Wmo 2015 vooraf ging

In 1968 is de AWBZ ingevoerd, een collectieve verzekering gebaseerd op passieve solidariteit.⁸ In de jaren 70 en 80 van de vorige eeuw is de AWBZ steeds verder uitgebreid en daarmee ook van karakter veranderd. Was het aanvankelijk een wet die alleen betrekking had op de zware en onverzekerbare zorg, naderhand werden er steeds meer elementen in ondergebracht die niet elders konden worden geregeld maar niet als dure en onverzekerbare zorg konden worden aangemerkt. In het eerste decennium van deze eeuw is onder het kabinet-Balkenende II de koers ingezet om de maatschappelijke ondersteuning bij de gemeenten neer te leggen. De basisgedachte daarbij is dat juist de gemeenten geschikt zijn om voorzieningen die afgestemd zijn op de lokale omstandigheden te ontwikkelen. De AWBZ was niet alleen een financieel probleem, de kosten begonnen steeds zwaarder te drukken, maar ook een moreel probleem in die zin dat burgers te veel een beroep op de overheid doen en te weinig voor elkaar doen.⁹ Dit leidde tot de

7 Artikel 1.1.1, eerste lid Wmo 2015.

8 In een verzorgingsstaat kan onderscheid worden gemaakt tussen formele en informele solidariteit. Formele solidariteit is hoe het wettelijk is vastgelegd. Informele solidariteit is de wijze waarop men zelf met hulpbehoevende mensen omgaat. Dat kan passief en actief. Passieve solidariteit is een donatie aan een goed doel of het betalen van een premie. Bij actieve solidariteit is men bijvoorbeeld een vrijwilliger of geeft mantelzorg. <http://mens-en-samenleving.info-nu.nl/politiek/17283-solidariteit-in-de-verzorgingsstaat.html>.

Wmo 2007 waarin de Wvg (Wet voorzieningen gehandicapten, een deel van de AWBZ (onder andere de functie 'huishoudelijke verzorging') en de Welzijnswet werden samengebracht.

Met de Wmo 2007 wilde de regering bereiken dat het niet meer vanzelfsprekend was een beroep te doen op 'het collectief', maar dat burgers in de eerste plaats moeten zoeken naar hun eigen mogelijkheden om hun probleem op te lossen.¹⁰ Een gedachte die mij niet vreemd voorkwam. Ik citeer maar weer eens mijn moeder die placht te zeggen dat eenieder die een helpende hand zoekt deze het eerst aan zijn eigen arm vindt.¹¹ Onder de Wmo 2007 was de gemeente geheel vrij om te bepalen hoe zij in de individuele behoeften van de burger voorziet als het beoogde resultaat maar wordt bereikt.¹² De gemaakte beleidskeuzes worden door de rechter in beginsel gerespecteerd, mits deze uiteraard niet in strijd zijn met de wet.¹³ De CRvB onderstreepte dit in zijn eerste uitspraak.¹⁴ Het verlenen van voorzieningen is verder uitgewerkt in artikel 4 Wmo 2007,¹⁵ dat de compensatie-

9 Ellen Grootegoed, *Dignity of Dependence. Welfare State Reform and the Struggle for Respect*. Diss. Universiteit van Amsterdam, 2013, p. 196.

10 Contourenbrief, 23 april 2004, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 538, nr. 1.

11 A.W. Hagen 1928-1997, bestuurslid Groene Kruis te Breukelen. Zie ook: H.P. Vermaat, 'Het Wijkgebouw aan de Wilhelminastraat te Breukelen en zijn voorgangers'. *Tijdschrift Historische Kring Breukelen*, 2000, nr. 3 p. 139-144.

12 CRvB 10 december 2008, nr. 08-3206 WMO, ECLI:NL:CRVB:2008:BG6612; *USZ* 2009/14 met annotatie door Red, *RSV* 2009, 24 met annotatie door C.W.C.A. Bruggeman, *JB* 2009/47, *NJB* 2009, 354 en *RZA* 2009, 19 Daarna vele malen herhaald.

13 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 131, nr. 98, p. 58 en 61, de brief van de staatssecretaris van 30 oktober 2006 (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 131, nr. 122, p. 6), de memorie van antwoord (*Kamerstukken I* 2005/06, 30 131, C, p. 7, 9, 10 en 57), de nadere memorie van antwoord (*Kamerstukken I* 2005/06, 30 131, E, p. 19 en 25) en de Handelingen (EK 27 juni 2006, p. 34-1645).

14 CRvB 10 december 2008, nr. 08-3206 WMO, ECLI:NL:CRVB:2008:BG6612: De rechter dient de keuze(n) die de gemeenteraad en het College daarbij hebben gemaakt in beginsel te respecteren, onverminderd de rechtsplicht van het College om in elk concreet geval een voorziening te treffen die zich kwalificeert als compensatie van beperkingen op het gebied van zelfredzaamheid en maatschappelijke participatie. Artikel 4 van de Wmo legt het College, wat dat aangaat, de plicht op om een resultaat te bereiken dat als compensatie mag gelden.

15 Het college van burgemeester en wethouders treft voorzieningen op het gebied van maatschappelijke ondersteuning die de burger in staat stellen een huishouden te voeren, zich te verplaatsen in en om de woning, zich lokaal te verplaatsen per vervoermiddel en medemensen te ontmoeten en op basis daarvan sociale verbanden aan te gaan. Daarbij houdt het college onder meer rekening met de persoonskenmerken en behoeften van de aanvrager. Ook houdt het college rekening met de capaciteit van de aanvrager om uit een oogpunt van kosten zelf in maatregelen te voorzien. Daarmee wordt overigens de eigen bijdragensystematiek bedoeld, een inkomens- of vermogensgrenzen.

plicht bevat. Zo nodig kunnen individuele voorzieningen worden verleend¹⁶ die zijn toegesneden op de individuele behoeften van de aanvrager.¹⁷ Dat betekent niet dat het verlenen van die voorzieningen altijd resulteert in een ‘eigen’ voorziening. Ook op collectieve wijze kan, bijvoorbeeld door middel van een vorm van aangepast collectief regionaal vervoer, aan de wettelijke plicht worden voldaan.

3 Wmo 2015

In de Wmo 2015 is de reikwijdte van de maatschappelijke ondersteuning uitgebreid. Aan de vier beleidsterreinen zoals benoemd in artikel 4, eerste lid Wmo¹⁸ is een aantal onderdelen uit de AWBZ toegevoegd. Het betreft de individuele begeleiding, de dagbesteding, beschermd wonen en logeeropvang.

Doel van de Wmo 2015 is duidelijk te maken dat het vanzelfsprekend is dat mensen in de eerste plaats zelf verantwoordelijk zijn voor de wijze waarop zij hun leven inrichten en deelnemen aan de samenleving. Onder het begrip ‘eigen verantwoordelijkheid’ valt de eigen kracht, gebruikelijke hulp, mantelzorg en hulp van andere personen uit het sociale netwerk (artikel 2.3.5 Wmo 2015). De compensatieplicht zoals neergelegd in artikel 4 Wmo 2007 is vervallen en vervangen door een zorgplicht in de vorm van een stelsel van algemene voorzieningen, maatwerkvoorzieningen en PGB’s (Persoonsgebonden budget).

Voor bestaande gebruikers van de AWBZ zorg is 2015 een overgangsjaar. Zij zullen na verloop van tijd merken dat de AWBZ aanspraak, welke door het CIZ¹⁹ werd vastgesteld, is vervangen door een onderzoek naar wat men zelf nog kan doen en dat er minder snel en minder in omvang een ‘recht’ (claim) is op zorg. Dit zal een vergelijkbaar gevolg hebben als toen de ‘lichte begeleiding’ vanuit de AWBZ werd gedecentraliseerd naar de Wmo 2007. Bij dit Besluit is per 1 januari 2009 de lichte vorm van begeleiding als aanspraak uit het pakket van de AWBZ gehaald (Pakketmaatregel).²⁰ Beoogd werd dat personen waarvan de aanspraak op begeleiding in het kader van de AWBZ door de pakketmaatregel is vervallen,

16 Artikel 1 eerste lid onder g onderdeel 6° Wmo omschrijft het zesde prestatieveld: “het verlenen van voorzieningen aan mensen met een beperking of een chronisch psychisch probleem en aan mensen met een psychosociaal probleem ten behoeve van het behouden en het bevorderen van hun zelfstandig functioneren of hun deelname aan het maatschappelijk verkeer”.

17 Artikel 4, tweede lid Wmo.

18 Een huishouden voeren, zich verplaatsen en om de woning, zich lokaal verplaatsen per vervoermiddel en medemensen ontmoeten en op basis daarvan sociale verbanden aan te gaan.

19 Centrum Indicatiestelling Zorg.

20 Besluit van 1 december 2008, *Stb.* 2008, nr. 533 (Besluit).

primair zelf oplossingen dienen te vinden. Al dan niet met hulp van een eigen netwerk, vrijwilligers en mantelzorg, en dat, als dat niet lukt, uit doelmatigheids-overwegingen vooral in algemene welzijnsvoorzieningen een oplossing voor participatieproblemen zou kunnen worden gevonden.²¹

De gemeenten hebben een resultaatverplichting als het gaat om het bieden van adequate maatschappelijke ondersteuning. Aan de hand van een onderzoek naar de ondersteuningsbehoefte wordt eerst gekeken wat iemand zelf kan, dan naar wat de omgeving voor ondersteuning kan bieden, dan naar algemene voorzieningen en dan pas naar maatwerkvoorzieningen. Het leveren van een op de persoon toegesneden oplossing, maatwerk dus, is een verplichting. Niet alleen bij de bepaling van de eventuele noodzaak van een maatwerkvoorziening (de individuele voorziening), maar ook bij het vinden van oplossingen in het voortraject tijdens het onderzoek (keukentafelgesprek). Uiteindelijk doel is dat iemand in staat wordt gesteld zo lang mogelijk in de eigen leefomgeving te kunnen blijven wonen.²²

In de fase van het onderzoek, dat wordt verricht door de gemeente, al dan niet uitbesteed aan derden, wordt bezien wat er verwacht kan worden dat iemand zelf kan doen. Dit betreft bijvoorbeeld de gebruikelijke hulp door huisgenoten. Het is algemeen gebruikelijk dat een leefeenheid zelf zorgt voor het huishouden. Ook als de 'hoofdverzorgende' uitvalt. Hetzelfde geldt voor door de betrokkene zelf te treffen maatregelen zoals het anders inrichten van de woning om gebruik van een rolstoel mogelijk te maken, of de aanschaf van een elektrische fiets als het gewone fietsen niet meer lukt. Vervolgens zal worden beoordeeld of de door betrokkene ondervonden problemen door middel van een algemene voorziening kunnen worden opgelost. Een algemene voorziening is er voor alle burgers. Het zijn laagdrempelige diensten of faciliteiten die bedoeld zijn voor alle burgers of voor iedereen die tot een bepaalde doelgroep behoort. Voorbeelden zijn een koffieochtend in het buurthuis, een boodschappenbus en een maaltijdservice. De gemeente is vrij in de keuze welke algemene voorziening zij treft. Een algemene voorziening kan ook een volwaardig alternatief zijn voor een maatwerkvoorziening. Indien uit het onderzoek echter blijkt dat de burger niet zelf, noch met hulp van anderen of met behulp van algemene voorzieningen een situatie kan realiseren waarin hij in staat is tot zelfredzaamheid of participatie en zo lang mogelijk in de eigen leefomgeving kan blijven,²³ dan beslist het college tot verstrekking van de maatwerkvoorziening. Deze vormt het sluitstuk van een pakket aan oplossingen waarmee de burger in staat wordt gesteld tot zelfredzaamheid of participatie en daarmee zo lang mogelijk in de eigen omgeving kan blijven.²⁴

21 CRvB 29 februari 2012, nr. 11-517 WMO, ECLI:NL:CRVB:2012:BV7437.

22 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 841, nr. 3 p. 7.

23 Vergelijk artikel 2.3.5, derde lid Wmo 2015.

24 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 841, nr. 3, 27.

Een belangrijke wijziging is voorts de verandering in de wijze waarop de behandeling van de aanvraag om een voorziening wordt vorm gegeven. Eerst dient, voorafgaand aan de daadwerkelijke aanvraag, een melding plaats te vinden waarna het college 6 weken de tijd heeft om een onderzoek uit te voeren. Pas na het onderzoek kan de cliënt een aanvraag indienen en moet het college binnen twee weken hier een besluit op nemen (artikel 2.3.2 Wmo 2015). In de wet is voor de gemeente ook de verplichting opgenomen om periodiek, of indien er aanleiding is, een volledig heronderzoek te doen. Dit is een zelfde onderzoek als dat na de melding plaatsvindt (artikel 2.3.9 Wmo 2015). Ook is in de wet neergelegd dat de gemeente er voor moet zorgen dat op ieder moment van de dag telefonisch of elektronisch anoniem een luisterend oor en advies beschikbaar komt.²⁵

4 Omslag in benadering?

Met de Wmo 2007 trad een breuk met het verleden op. De regering wilde af van het oude systeem waarin men te snel een beroep op de overheid deed en niet, althans onvoldoende, onderzocht hoe men het probleem zelf op kon lossen.²⁶ Dit is in de jaren na de invoering van de Wmo 2007 verder uitgewerkt en in de Wmo 2015 versterkt voortgezet.

In 2011 is door onder meer de VNG en VWS het Programma Welzijn Nieuwe Stijl gestart. De aanleiding was dat de burger in de visie van de initiatiefnemers te snel een beroep op de overheid (publieke dienstverlening) zou doen. Dit werd claimgedrag genoemd en diende te kantelen naar een beroep op het eigen netwerk. Ook zou de inschakeling van professionals minder voor de hand liggen aangezien deze zich meer terughoudend dienen op te stellen.²⁷

*De verzorgingsstaat 'Nieuwe Stijl' moet burgers aanspreken op hun zelforganiserend vermogen, op hun eigen kracht in plaats van hun zwakte en op eigen verantwoordelijkheid.*²⁸

25 Het staat er echt, artikel 2.2.4 Wmo 2015.

26 *Kamerstukken II* 2005/06, 30 131, nr 3 MvT De regering wil met dit wetsvoorstel ook stimuleren dat mensen die dat kunnen, meer dan nu het geval is, zelf oplossingen bedenken in de eigen sociale omgeving voor problemen die zich voordoen. De regering stelt daarom een aantal historisch gegroeide vanzelfsprekendheden in zorg en ondersteuning ter discussie en doet een groter beroep op de eigen draagkracht.

27 Welzijn Nieuwe Stijl Ministerie van VWS 2011).

28 J. Steyaert en R. Kwekkeboom, De mens als zorgverlener, over informele zorg en beleidsutopieën, in J. Steyaert en R. Kwekkeboom (red) *Op zoek naar duurzame zorg. Vitale coalities tussen formele en informele zorg*. Movisie 2010 aangehaald in Burgerhout-Van der Zwaan, 2014 p. 16.

Dit proces, dat in samenwerking met ‘het veld’²⁹ door de VNG werd ontwikkeld, wordt de Kanteling genoemd.

Door de VNG is op basis van de uitkomsten van de Kanteling een modelverordening opgesteld waarin invulling wordt gegeven aan de compensatieplicht in de Wmo 2007. Centraal in deze modelverordening staan de acht resultaten van de compensatieplicht (artikel 4 Wmo 2007). Centraal onderdeel van de nieuwe werkwijze is het ‘keukentafelgesprek’ waarmee wordt bedoeld op een gelijkwaardig gesprek tussen burger en overheid over wat iemand nog zelf kan en waar hij hulp van de lokale overheid bij nodig heeft. De VNG had en heeft grote verwachtingen van deze nieuwe ‘gekantelde’ verordeningen.³⁰

4.1 *Van Kanteling naar melding en gesprek*

In de Wmo 2015 is de Kanteling in paragraaf 3 gecodificeerd. De paragraaf begint met de opdracht aan gemeenten er voor zorg te dragen dat aan personen die daarvoor in aanmerking komen, een maatwerkvoorziening wordt verstrekt. Vervolgens wordt geregeld hoe dat onderzoek moet plaatsvinden. Het onderzoek vangt aan met de ‘melding’ (artikel 2.3.2 Wmo 2015). Zo’n melding kan door de betrokkene zelf of een ander worden gedaan en is geheel vormvrij. Het kan schriftelijk maar ook telefonisch of mondeling aan het loket plaatsvinden. Bedenk overigens dat indien er geen melding wordt gedaan, door betrokkene noch door iemand uit diens omgeving, dat er dan in het geheel niets gebeurt. De gemeentelijke overheid behoeft er dus niet op uit te trekken om te onderzoeken wie allemaal voor zorg in het kader van de Wmo 2015 in aanmerking komt.

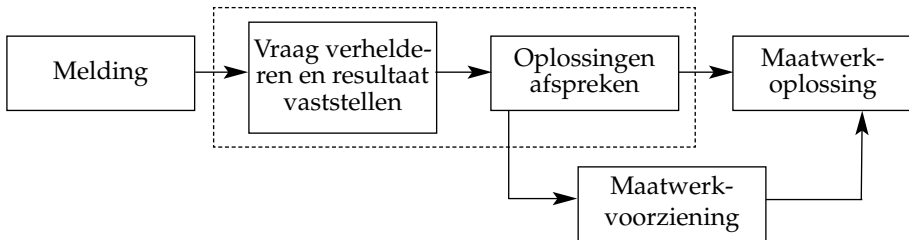
Omdat een melding vormvrij is, is er uiteraard ook geen definitie van opgenomen in de wet. In de modelverordening van de VNG staat evenmin een nadere beschrijving. Er wordt verwezen naar artikel 2.3.2 Wmo 2015.

29 Betrokken zijn de Chronisch zieken en gehandicaptenraad (CG-raad), samenwerkende ouderenorganisaties (CSO), Platform VG en Platform GGZ én de gemeenten Nijmegen, Huizen, Doetinchem, Groningen, Breda, Enschede en Utrecht.

30 De omslag van een recht op zorg dat geclaimd kan worden in de vorm van voorzieningen, naar compenserende maatregelen waarmee maatwerk geleverd wordt, kan een cultuuromslag worden genoemd, voor gemeenten én burgers. Nieuwsbrief VNG-project De Kanteling, Nummer 19, juli 2012.

Van melding naar maatwerkoplossing

Keukentafelgesprek



Na een melding vindt in samenspraak met betrokkene een onderzoek plaats. Dit onderzoek staat inmiddels bekend onder de naam ‘keukentafelgesprek’ en moet op de in de wet vastgelegde wijze binnen zes weken worden uitgevoerd. In artikel 2.3.2 vierde lid Wmo 2015 is voor het college de verplichting (“het college onderzoekt”) tot een gedetailleerd onderzoek vastgelegd. Als het onderzoek is afgerond volgt een eindverslag dat door de gemeente of degene die namens de gemeente het onderzoek uitvoert, wordt opgesteld. Daarin wordt neergelegd wat als oplossing voor de gesignaleerde problemen is afgesproken, respectievelijk voorgesteld. Daarbij is steeds het bieden van een maatwerk*oplossing* (dat is niet hetzelfde als een maatwerk*voorziening*), het credo. Mocht het noodzakelijk blijken dat naast de inzet van algemene oplossingen en de inzet van gebruikelijke hulp et cetera toch nog een individuele maatwerkvoorziening nodig zijn dan kan op basis van dat verslag een aanvraag worden gedaan waarop binnen twee weken beslist zal moeten worden.

De vrijheid van de gemeente om tot een maatwerkoplossing te komen is ruim. Toch betekent dit niet dat er een ruime discretionaire bevoegdheid, waarvan het resultaat marginaal door de rechter kan worden getoetst, voor het college is. De begrippen ‘naar het oordeel van’ en ‘passende bijdrage’ in artikel 2.3.5, derde lid Wmo 2015 suggereren dit wel. Volgens de regering kan door de rechter het bereikte resultaat vol worden getoetst (p. 123 MvT). Dat bepaalt de rechter uiteindelijk zelf, maar het geeft wel aan dat de intensiteit van het te verrichten onderzoek en de individualisering van de te bereiken oplossing dusdanig ver gaan dat er weinig verschil lijkt te bestaan met de wijze van toetsing door de rechter in het kader van artikel 4 Wmo 2007 (compensatiebeginsel). Dat het de regering uitdrukkelijk voor ogen staat dat er weinig aan de compensatieplicht

verandert komt ook naar voren uit de beantwoording van vragen tijdens de behandeling in de Tweede Kamer.³¹

4.2 *De Kanteling en de wetenschap*

De Wmo 2007 heeft zich mogen verheugen in behoorlijk wat wetenschappelijke belangstelling. Niet vreemd als bedacht wordt dat er een heel andere wijze van denken over de relatie tussen burger en overheid aan ten grondslag ligt. Zie onder meer de oratie van Tonkens.³² De Wmo 2007 is met name vanuit bestuurskundig oogpunt meermalen onderzocht. Omdat aan de Wmo 2015 het zelfde uitgangspunt ten grondslag ligt als aan de Wmo 2007 kan aan de hand van deze onderzoeken een beeld worden geschetst van wat er van de Wmo 2015 verwacht kan worden.

Judith van der Veer³³ beschrijft de Wmo als onderdeel van het proces van de verandering van de verzorgingsstaat naar de activeringsstad. De burger als Wmo vrager is een partner van de overheid geworden die mede eigenaar is geworden van zowel het participatieprobleem als de oplossing daarvoor.³⁴ Van der Veer wijst er op dat de landelijke politiek gemeenten vertrouwen moeten geven en de ruimte blijven bieden en niet toe te geven aan de recentralisatiereflex.³⁵ Zij signaleert ook een aantal tegengestelde bewegingen in de lokalisering: de Wmo wil het vrijwilligerswerk en de mantelzorg stimuleren maar de WWB wil iedereen aan het werk hebben. Ook bestaat er een spanningsveld met het emancipatiebeleid.

Linda Burgerhout-Van der Zwaan³⁶ bestudeerde een gemeente die de Kanteling als pilot had ingevoerd. Zij concludeert dat de Kanteling een politiek-agogisch

31 “De regering kiest er, ook bij deze grote nieuwe decentralisatie, voor in de wet een met aard, inhoud en strekking van de compensatieplicht vergelijkbaar baken te handhaven als zekerheid voor de burger en de gemeente.” Nota naar aanleiding van het nader verslag, p. 3 en “Dat de compensatieplicht van artikel 4 van de (huidige) Wmo niet in dezelfde vorm terugkeert in het wetsvoorstel betekent op geen enkele manier dat het wetsvoorstel de burger minder rechtszekerheid biedt.” Brief aan de Eerste Kamer. 1 mei 2014 368189-120542-DMO.

32 [http://www.oratiereeks.nl/upload/pdf/PDF-7742oratie_Tonkens_\(3\).pdf](http://www.oratiereeks.nl/upload/pdf/PDF-7742oratie_Tonkens_(3).pdf).

33 J.C.V. van der Veer, *Weg uit het verleden. Een institutionele analyse van de gemeentelijke uitwerking van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo)*. Diss. Vrije Universiteit, Amsterdam 2013.

34 Van der Veer, p. 166.

35 Dit is dat de landelijke overheid en politiek het heft weer in eigen handen neemt zodra blijkt dat decentralisatie ook betekent dat er verschil in behandeling ontstaat tussen gemeenten.

36 L. Burgerhout-Van der Zwaan, *De kanteling, een onderzoek naar een omslag in benadering van burgers in een middelgrote gemeente*. Diss. Universiteit voor Humanistiek, Utrecht 2014.

instrument is. Daarmee bedoelt zij dat het een instrument is waarmee beïnvloeding tussen een dienstverlenende organisatie en burgers is bedoeld.³⁷ Om succesvol te zijn is een professional nodig die de ruimte moet krijgen om er daadwerkelijk te zijn voor de burger en niet beperkt worden door bijvoorbeeld smalle taakopvattingen of normtijden. Een open systeem en vertrouwen zijn voorwaarden. De wettelijke opdracht tot het bieden van maatwerk is een lastige opdracht in een (gemeentelijke) bureaucratie.³⁸

Marja Vreugdenhil³⁹ stelde zich in haar proefschrift *Nederland participatieland?* de vraag of mensen zich meer om elkaar gaan bekommeren als de overheid dat wil. Dat blijkt niet het geval te zijn. Als de overheid er al invloed op heeft, is dat hooguit indirect. Zij vraagt zich af of de overheid wel beleid moet *willen* maken voor het niet-overheidsdomein van de informele zorg.⁴⁰ Het is niet haar verwachting dat die cultuuromslag snel zal gaan.⁴¹

Ellen Grootegoed onderzocht wat de gevolgen zijn van het grotere beroep op de eigen omgeving voor, wat zij de emotiehuishouding (respect, trots, schaamte etc.) van de zorgbehoevende en zorggevende burgers noemt.⁴² *“Zorgbehoevenden zitten tussen twee vuren: enerzijds mogen zij niet meer leunen op de overheid, anderzijds hoe-den zij zich voor een toenemende afhankelijkheid van het eigen netwerk.”*⁴³ Grootegoed noemt dit de autonomieparadox en zij signaleert het pervers effect dat als de zorgbehoevende door het inslikken van hulpvragen autonomie nastreeft hij uiteindelijk minder zelfredzaam is dan voorheen.

Elisabeth Linders⁴⁴ nam de manier waarop de informele zorg in een volksbuurt functioneert als onderwerp van haar onderzoek. Zij constateert dat de boodschap van zelfredzaamheid en eigen verantwoordelijkheid al te duidelijk overgekomen is. De *feeling rule* die zelfredzaamheid ‘voorschrijft’, vormt een belemmering voor het vragen om hulp aan het sociale netwerk of voor het aanvaarden van hulp. Ook kan deze *feeling rule* een belemmering vormen om (tijdig) hulp te vragen aan professionals. Zij pleit er voor deze boodschap te nuanceren.

37 “Niet om burgers fatsoenlijk te maken of om een paalde ethiek op te leggen, maar om ze passende ondersteuning te bieden bij de complexiteit van het bestaan.” Burgerhout-Van der Zwaan, 2014 p. 16.

38 Burgerhout-Van der Zwaan, 2014 p. 200.

39 Marja Jager-Vreugdenhil, *Nederland participatieland? De ambitie van de Wet maatschappelijke ondersteuning (Wmo) en de praktijk in buurten, mantelzorgrelaties en kerken*. Universiteit van Amsterdam 2012.

40 Jager-Vreugdenhil, p.222.

41 Jager-Vreugdenhil p. 227.

42 Grootegoed, 2013 p.196 en 197.

43 Grootegoed p. 197.

4.3 De Kanteling: Het Keukentafelgesprek

Kern van de Kanteling en de Wmo 2015 wordt gevormd door het zogenoemde Keukentafelgesprek. Dit vindt plaats in het kader van het verplichte onderzoek na een melding. Burger en overheid proberen daarin in gezamenlijkheid een oplossing voor de problemen te vinden. Gechargeerd zou men kunnen stellen dat de Wmo 2015 geen recht op zorg toekent, maar het recht op een zorgvuldig onderzoek naar oplossingen voor het voorliggende probleem.

De vraag dringt zich op of het onderzoek in gelijkwaardigheid gebeurt en of dit geen utopie is.⁴⁵ Er is immers altijd sprake van machtsongelijkheid tussen aanvrager en uitvoerder van de wet. Daar komt bij dat de overheid, en zeker ook in de Wmo 2015, door middel van het sterk aanspreken op de eigen verantwoordelijkheid meer en meer het privé domein van haar burgers binnendringt.⁴⁶ Zo is de burger in 'het gesprek' min of meer verplicht om niet alleen van alles over zijn eigen leven te melden, maar ook inzage te verschaffen in zijn netwerk en de gemeente daarmee zelfs in contact te brengen.⁴⁷ Daar kunnen vanuit privacy oogpunt de nodige kanttekeningen bij worden geplaatst. Er zal dus gezocht moeten worden naar evenwicht tussen enerzijds de burger en anderzijds de professional die in dienst is van de gemeentelijke overheid. Bosselaar noemt een aantal factoren die dat evenwicht frustreren. Het eerste is dat er geen, althans onvoldoende, lokale beleidsregels zijn aan de hand waarvan het individuele en publieke belang tegen elkaar worden afgewogen. De vrijheid van de uitvoerder van de Wmo in combinatie met het ontbreken van beleid maakt het belang van een grote mate van professionaliteit groter. In de uitvoering van sociale regelingen is van professionalisme meestal geen sprake. Willekeur ligt op de loer aldus Bosselaar.⁴⁸

Wil het gesprek aan de keukentafel een bijdrage kunnen leveren aan een goede uitvoering van de Wmo dan zal er onder meer gewerkt moeten worden aan de professionalisering van de uitvoerder en aan empowerment van de aanvrager schrijft Bosselaar. Er is in het wetgevingsproces aandacht geweest voor de vraag

44 E.A.H.M. Linders, *De betekenis van nabijheid. Een onderzoek naar informele zorg in een volksbuurt*. Diss Universiteit van Tilburg 2010, p. 310 e.v.

45 Tonkens, E. (2006). Het democratisch tekort van vraagsturing. *Beleid en Maatschappij*, 33 (3), 186-195; Bannink, D., & Bosselaar, H. (2010). Keuzevrijheid na de keuze. *Bestuurskunde*, 19 (2), 41-51; Hal, L.B.E. van, Meershoek, A., Nijhuis, F., & Horstman, K. (2011).

46 Peeters, R., & Drosterij, G. (2011). Verantwoordelijke vrijheid: responsabilisering van burgers op voorwaarden van de staat. *Beleid en Maatschappij*, 38(2), 179-199.

47 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 841, nr. 3, p. 23.

48 Bosselaar wijst op: Berkel, R. van, Aa, P. van der, & Gestel, N. van (2010). Professionals without a profession? Redesigning case management in Dutch local welfare agencies. *European Journal of Social Work*, 13(4), 447-463.

hoe de gelijkwaardigheid tussen bestuur en burger bereikt kan worden. De betrokkene zelf wordt uitdrukkelijk in de gelegenheid gesteld om door middel van een persoonlijk plan zelf zijn visie te geven op de manier waarop het probleem wordt opgelost (artikel 2.3.2, tweede en vijfde lid, Wmo 2015). Dit en de zo genoemde cliëntondersteuning en de eisen die in de wet aan het onderzoek worden gesteld moeten zorgen voor een evenwicht tussen de burger (in de wet cliënt genoemd) en de gemeentelijke overheid. Tot slot is een evaluatiemoment voor het geval een maatwerkvoorziening is verstrekt, in artikel 2.3.9 Wmo 2015⁴⁹ neergelegd.

4.4 *Samenvattend*

Als ik de onderzoeken met elkaar verbind, dan lijkt het zeker niet onmogelijk de grondhouding van de burger door middel van de Kanteling te veranderen in de door de wetgever beoogde richting. Het komt er op aan dat voor het realiseren van de beoogde cultuuromslag de gemeentelijke overheid het vertrouwen van de burger wint. Zonder vertrouwen van de burger in de overheid is het bieden van de beste oplossing in het individuele geval moeilijk te realiseren. De kans dat men zich dan zal terugtrekken binnen de eigen kring, wijk en buurt, waardoor het beoogde doel niet wordt bereikt, is zeker aanwezig.

5 **Punten van aandacht**

De Wmo 2015 kenmerkt een verschuiving in denken over de uitvoering van de sociale regelgeving. Meer en meer komt de aandacht te liggen op hetgeen iemand zelf nog kan doen om zijn zelfredzaamheid te behouden alvorens een beroep te doen op de (lokale) overheid. Omdat het een nieuwe wijze van werken is moet ook veel worden uitgevonden. Bijvoorbeeld hoe de dialoog aan de keukentafel in formele en materiële wetgeving moet worden neergelegd.

De formulering in de Wmo 2015 is imperatief.⁵⁰ Na een melding: *voert het college (...) een onderzoek uit*. Dan is de verwachting dat na elke melding het hierboven beschreven onderzoek plaatsvindt. Dat blijkt echter niet zo te zijn. In de Memorie van toelichting (MvT) en het Nader Rapport (NR)⁵¹ en ook elders staat geschreven dat niet elk onderzoek volledig hoeft te zijn. Ook wordt een onderscheid gemaakt tussen 'melding' en 'informatieverzoek'.⁵² Alleen in het eerste geval zou

49 Het college onderzoekt periodiek of er aanleiding is een beslissing als bedoeld in artikel 2.3.5 of 2.3.6 te heroverwegen.

50 Artikel 2.3.2, eerste en vierde lid Wmo 2015.

51 Nader rapport bij het wetsvoorstel Wmo, brief van 13 januari 2014 aan de Tweede Kamer, 185027-115646-WJZ, p. 5.

52 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 841, nr. 3, p. 24.

sprake zijn van de in de wet neergelegde onderzoeksplicht. Als het snel kan worden opgelost met een verwijzing naar een algemene voorziening dan is de rest van het onderzoek toch niet nodig, zo wordt gesuggereerd. Het is verwarrend en het past niet in het systeem van de wet. Immers, achter een informatieverzoek kan ook een melding schuil gaan ('verkapte hulpvraag'). En als er uitdrukkelijk geen sprake is van een informatievraag, maar het een melding betreft dan zal gelet op de tekst van de wet niet kunnen worden volstaan met een verkorte versie van het onderzoek en een 'eenvoudige verwijzing naar een algemene voorziening'. Dan zal de wettelijk voorgeschreven route moeten worden bewandeld. De gedachte dat elke melding wel zal leiden tot het in de wet bedoelde grondige onderzoek is dus niet juist.

In de toelichting op het uit te voeren onderzoek staat dat de burger zelf primair verantwoordelijk is voor zijn zelfredzaamheid en participatie. Tot die eigen verantwoordelijkheid behoort ook dat hij een beroep doet op familie en vrienden – zijn eigen sociale netwerk- alvorens hij bij de gemeente aanklopt om hulp.⁵³ Dat dit geen vrijblijvende vorm van de eigen verantwoordelijkheid is blijkt een aantal pagina's verder: de burger wordt verplicht om inzichtelijk te maken dat zijn netwerk en het verrichten van nuttige activiteiten voldoende zijn ingezet. Ook op andere plaatsen in de MvT laat de regering zien dat er flink in het sociale netwerk gegraven kan worden en dat dat zeker niet vrijblijvend is. Zie de laatste zinnen van de tweede alinea op p. 40 MvT⁵⁴ waarin de regering aangeeft dat bij de beoordeling van de melding ook beoordeeld wordt wat 'redelijkerwijs van een mantelzorger of het sociale netwerk' verwacht kan worden. Dit duidt op het inboeken van te verlenen hulp, wat een verplichtend effect heeft, terwijl zowel mantelzorg als hulp van derden uit het sociaal netwerk geen gebruikelijke hulp/zorg is maar *bovengebruikelijk* en vrijwillig van aard is.

Hij moet ook, indien de gemeente dat wenselijk vindt, de gemeente in contact brengen met die personen. Het is niet moeilijk voor te stellen dat daar door de gemeente gevolgen aan verbonden worden (al zwijgt de MvT daarover). In het ergste geval zou de melding niet verder behandeld kunnen worden, of bij een eventuele aanvraag voor een maatwerkvoorziening buiten behandeling kunnen worden gesteld. Waarschijnlijker is dat tijdens het gesprek (te) veel druk op het netwerk uitgeoefend wordt. Dat realiseert de regering zich ook blijkens de opmerking dat er een objectief afwegingskader moet komen teneinde toeval en willekeur te voorkomen,⁵⁵ maar dat heeft niet tot het inzicht geleid dat de Awb in ieder geval een onafhankelijke toets mogelijk maakt van zo'n objectief afwegingskader.

53 *Kamerstukken II 2013/14, 33 841, nr. 3, p. 20.*

54 En ook *Kamerstukken II 2013/14, 33 841, nr. 3, p. 119.*

55 *Kamerstukken II 2013/14, 33 841, nr. 3, p. 23.*

Hier zijn (in ieder geval) twee principiële punten aan de orde:

- 1) de verhouding tot de Algemene wet bestuursrecht en
- 2) het recht op privacy, meer specifiek dat van de mensen waarover informatie wordt gegeven.

Samengevat dient alleen die informatie gegeven en verzameld te worden die nodig is om de aanvraag te kunnen beoordelen en daarop te besluiten. Welke informatie nodig is en op welke wijze die moet worden verzameld kan in de materiële regelgeving worden neergelegd.

Ad 1: De verhouding tot de Algemene wet bestuursrecht

Als er een melding op grond van de Wmo 2015 wordt gedaan is dat geen aanvraag maar het startsein voor het onderzoek zoals neergelegd in de wet. Dat resulteert binnen zes weken in een rapportage op basis waarvan de burger een aanvraag in kan dienen. Pas dan is er sprake van een aanvraag in de zin van de Awb. Daarop moet binnen twee weken worden beslist.

Dit heeft op kritiek van onder meer de Raad voor de rechtspraak geleid.⁵⁶ De Raad wijst erop dat er geen rechtsmiddelen zijn als de gemeente niet tijdig het onderzoek afrondt en vraagt zich af wat de formele status van het onderzoek is. Tevens signaleert de Raad de mogelijkheid dat iemand met een zorgbehoefte bij een negatief onderzoeksresultaat wellicht ten onrechte wordt ontmoedigd een aanvraag in te dienen. De Raad voor de rechtspraak ziet dan ook geen aanleiding de systematiek van de Awb te verlaten en vraagt de regering het wetsvoorstel aan te passen, wat dus niet is gebeurd. Ook de Raad van State plaatst kanttekeningen bij de procedure in de Wmo 2015. Is, zo vraagt de Raad zich af niet hetzelfde effect te bereiken door een gedetailleerd aanvraagformulier te hanteren?⁵⁷

Er zijn meer kritiekpunten. Door het onderzoek buiten het bereik van de Awb te houden is ook de veiligheidsklep “niet meer informatie verzamelen dan nodig is”⁵⁸ uitgeschakeld. Zoals beschreven is het onder meer de bedoeling dat het sociale netwerk wordt uitgevraagd, waarbij wordt nagegaan wat dat netwerk nog voor de betrokkene kan doen. De burger kan verplicht worden de gemeente in

56 Raad voor de Rechtspraak, Wetsadvisering concept wetsvoorstel Maatschappelijke Ondersteuning 2015, 4 september 2013.

57 Afdeling advisering van de Raad van State, 22 november 2013, no. W.13.13.0313/III, p. 12.

58 Artikel 3:2 Awb: Bij de voorbereiding van een besluit vergaart het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen.

contact te brengen met personen uit zijn sociale netwerk. Dit is alleen anders als de betrokkene gegronde redenen heeft om dit te weigeren.⁵⁹ Niet meewerken is dus niet zonder risico. Als daarbij dan bedacht wordt dat de Wmo 2015 er expliciet aan in de weg staat hulp van niet huisgenoten die die hulp niet willen verlenen, op de zorgbehoefte in mindering te brengen, dan geeft dat toch te denken.

Hans Bosselaar⁶⁰ heeft forse bedenkingen bij het open gesprek tussen burger en overheid aan de keukentafel. Om te voorkomen dat het keukentafelgesprek een uiting van ongelijkheid en willekeur wordt, is het zaak dat de professionaliteit van de keukentafelambtenaren bij gemeenten serieus aandacht krijgt. Het risico is te groot dat aan de keukentafel oplossingen worden gevonden die in de praktijk niet werken. Bijvoorbeeld, omdat de buurvrouw toch niet zo bereidwillig is als de zorgvrager en vooral de ambtenaar hadden bedacht.⁶¹

De scheiding tussen melding en aanvraag is tot stand gebracht omdat in de onderzoeksfase de burger geïnformeerd kan worden over de (on)mogelijkheden zonder direct het formele traject van een aanvraag in te gaan.⁶² Ik kan dit niet volgen. Immers, de melding verplicht gelet op de imperatieve bewoordingen tot een grondig onderzoek. Ook is in artikel 2.3.5 Wmo 2015 bepaald dat een aanvraag om een maatwerkvoorziening per se vooraf gegaan moet worden door dat onderzoek. In het Nader Rapport wordt dan wel gesteld dat alleen is beoogd om het onderzoek ten behoeve van de maatwerkvoorziening te verplichten, maar de tekst van de wet zelf luidt toch echt anders. Artikel 2.3.2: Indien bij het college melding wordt gedaan (...) voert het college (...) een onderzoek uit overeenkomstig het tweede tot en met het achtste lid. ‘Overeenkomstig’, betekent hetzelfde als ‘ingevolge’ en ‘in overeenstemming met’.

Omdat de melding geen aanvraag is, valt het daarop volgende gesprek niet onder de reikwijdte van artikel 4:2 Awb. Dat wordt echter anders als het gesprek uitmond in een aanvraag. Dan is het onderzoek dat voorafgaand aan de beslissing op de aanvraag is verricht, ingevolge artikel 2.3.2 Wmo de noodzakelijke voorwaarde voor het te nemen besluit. Dat onderzoek is voorafgaand aan de aanvraag gedaan maar via artikel 3:1, tweede lid Awb, waarin is bepaald dat op andere handelingen van bestuursorganen dan besluiten de afdelingen 3.2 tot en met 3.4 Awb van overeenkomstige toepassing is, kunnen de zorgvuldigheids-

59 *Kamerstukken II 2013/14*, 33 841, nr. 3, p. 23.

60 H. Bosselaar en G. Vonk (red) *Bouwplaats lokale verzorgingsstaat*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013.

61 <http://essay-fsw.com/2013/11/22/een-ambtenaar-aan-je-keukentafel-is-niet-gewoon/>

62 Nader rapport bij het wetsvoorstel Wmo, brief van 13 januari 2014 aan de Tweede Kamer, 185027-115646-WJZ, p. 5.

regels die gelden voor het nemen van besluiten ook op het onderzoek na de melding worden toegepast. Artikel 3:2 Awb bepaalt dat bij de voorbereiding van een besluit het bestuursorgaan de nodige kennis omtrent de relevante feiten en de af te wegen belangen vergaart. Als het voor het nemen van het maatwerkbesluit niet relevant is of er mensen in het sociale netwerk zijn die een steentje kunnen bijdragen, dan gaat het ook niet aan om die informatie in de onderzoeksfase na de melding te vergaren. En al helemaal niet om te beoordelen of iemand gegronde redenen heeft die informatie niet te geven.

Ad 2: Het recht op privacy

Een ander kritiekpunt is de privacy. Van de aanvrager zelf, die zijn privacy al deels opgeeft vanwege de melding als zodanig, maar, zoals hiervoor beschreven, met name ook die van de derden uit zijn sociaal netwerk. In het kader van deze bijdrage wordt alleen de privacy in relatie tot het onderzoek ten behoeve van de maatwerkoplossing besproken. Het decentralisatieproces van taken naar gemeenten en de gevolgen voor de privacy strekt zich uiteraard verder uit. Te denken valt onder meer aan de taken van de gemeenten in de Wmo 2015 in het kader van de Jeugdwet waarbinnen de gedachte van een gezin, een plan, een regisseur leidend is. Niet ondenkbaar is dat deze integrale aanpak op gespannen voet kan komen te staan met de privacy zoals het ontwikkelen van een alomvattend gezinsdossier. Dit valt echter buiten het bestek van deze bijdrage.

In de Wmo 2015 is in artikel 2.3.8 een inlichtingen- en medewerkingsplicht opgenomen in verband met het onderzoek naar de behoefte aan maatschappelijke ondersteuning in de vorm van een maatwerkvoorziening en/of PGB. De plicht om informatie te verstrekken in de fase van de melding is neergelegd in artikel 2.3.2, vierde lid Wmo. Deze plicht gaat ver, zo blijkt uit de MvT.⁶³ De vraag komt op in hoeverre dit zich verdraagt met regelgeving op het gebied van de privacy. Vanuit verschillende hoeken, onder andere door het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) en de Raad van State (RvS), is reeds kritiek geleverd op dit deel van het oorspronkelijke wetsvoorstel. Het kabinet heeft als reactie daarop een beleidsvisie met richtlijnen voor de gemeenten hoe zorgvuldig om te gaan met persoonsgegevens opgesteld.⁶⁴ Recent is in dat verband nog een Privacy

63 *Kamerstukken II 2013/14, 33 841, nr. 3, p. 23.* In de fase van de melding wordt van de burger verwacht dat hij niet alleen inzicht geeft in zijn eigen situatie maar dat hij ook actief informatie verstrekt over personen uit zijn netwerk en de gemeente desgevraagd met hen in contact brengt.

64 *Beleidsvisie "Zorgvuldig en bewust; Gegevensverwerking en Privacy in een gedecentraliseerd sociaal domein", Kamerstukken II 32 761, nr. 62 (hierna: Beleidsvisie).*

Impact Assessment (PIA)⁶⁵ gedaan. Alvorens te komen tot enkele kritische kanttekeningen schets ik de meest relevante regelgeving op dit gebied.

Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer wordt erkend in verschillende verdragen en in de Grondwet.⁶⁶ Inbreuk is alleen toegestaan als het bij de wet is voorzien, noodzakelijk is in een democratische samenleving en een geoorloofd, specifiek doel dient.⁶⁷

De Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) vormt voor de overheden een nadere normering van wat ook uit hoofde van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur geldt. In artikel 1 onder b Wbp wordt vrij uitvoerig beschreven (maar niet limitatief) wat onder ‘verwerking van persoonsgegevens’ wordt verstaan. Het gaat kort gezegd om het gehele proces van gegevensverwerking.⁶⁸ De Wbp vereist dat persoonsgegevens op een behoorlijke en zorgvuldige manier worden verwerkt (artikel 6) en alleen voor duidelijk omschreven doelen mogen worden gebruikt (artikel 7). Deze mogen slechts worden verwerkt indien daarvoor een rechtvaardigingsgrond aanwezig is waaronder het ondubbelzinnige verlenen van toestemming (zie artikel 8 onder a).⁶⁹ Om te kunnen spreken van toestemming is niet alleen van belang dat diegene zijn wil vrij kan uiten maar ook is geïnformeerd en ingelicht over de gang van zaken met betrekking tot de gegevensverwerking (artikel 1 onder i).⁷⁰

65 Privacy Impact Assessment (PIA), brief van 7 november 2014, 2014-0000577951.

66 Zie onder meer art. 10 eerste lid van de Grondwet, art. 17 Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR), art. 16 Internationaal Verdrag inzake de Rechten van het Kind (IRVK), art. 8 Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM).

67 Het noodzaakscriterium (waarmee het verwerken, machtigen en verstrekken van gegevens wordt begrensd) wordt in de jurisprudentie van het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) nader ingevuld met de vereisten van een dringende maatschappelijke behoefte, proportionaliteit, en subsidiariteit. Het proportionaliteitsvereiste houdt in dat de inbreuk op de belangen van de betrokkene van wie gegevens worden verwerkt niet onevenredig mag zijn met het doel dat met de verwerking wordt beoogd. Het subsidiariteitsvereiste betekent dat het doel waarvoor de persoonsgegevens worden verwerkt in redelijkheid niet op een andere, minder nadelige wijze voor betrokkene kan worden verwezenlijkt.

68 Te weten: het verzamelen, vastleggen, ordenen, bewaren, bijwerken, wijzigen, opvragen, raadplegen, gebruiken, verstrekken door middel van doorzending, verspreiding of enige andere vorm van terbeschikkingstelling, samenbrengen, met elkaar in verband brengen, alsmede het afschermen, uitwissen of vernietigen van gegevens.

69 De gegevens uitwisseling vindt dan buiten de betrokkenheid en niet in samenspraak met de burger plaats Beleidsvisie p. 17.

70 *Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr. 3.*

Uitgangspunt van de Wmo 2015, als decentralisatiewet, is de betrokkenheid en de eigen verantwoording van de burger en zijn omgeving bij het tot stand komen van ondersteuning. Dit betekent dat de ondersteuning en de noodzakelijke gegevensverwerking in de regel in samenspraak met de burger zal plaatsvinden. Maar ook dan heeft de gemeentelijke overheid de plicht om terughoudend om te gaan met de uitvraag en registratie van persoonsgegevens en zich te houden aan de in de Wbp vastgelegde criteria (zorgvuldige belangenafweging van noodzaak, subsidiariteit en proportionaliteit).⁷¹ Ingevolge artikel 7 Wbp, waarin de doelbinding is neergelegd, zijn in artikel 5.1.1 Wmo 2015 de doelen per actor zo concreet en nauw mogelijk omschreven voor welke specifieke taken gegevensverwerking en verstrekking zijn toegestaan en voor welk doel (bijvoorbeeld voor de beoordeling van de behoefte aan ondersteuning) deze noodzakelijk zijn. Het gebruik van gegevens moet in relatie staan tot en noodzakelijk zijn voor het beantwoorden van de hulpvraag (ter zake dienend, toereikend en niet bovenmatig). De Raad van State⁷² en het CBP⁷³ wezen er in dit kader al op dat de gemeente de doelomschrijving nader zal moeten vaststellen. Ook Privacy Barometer⁷⁴ wees in haar brief aan de Eerste Kamer op de privacy risico's die het wetsvoorstel en de uitvoering met zich brengen.⁷⁵

Het verzamelen van alle gegevens van personen naast die van de betrokkene kan ertoe leiden dat er bovenmatig gegevens worden verzameld. Hoe verhoudt het recht op bescherming van de privacy zich met het opvragen van informatie van de aanvrager van familie, van huisgenoten en van andere personen uit het sociale netwerk tijdens het eerder genoemde keukentafelgesprek? Deze gegevens zijn nodig om te beoordelen waar iemand hulp/ondersteuning kan worden geboden. Wat gebeurt er als iemand niet meewerkt aan de verstrekking van informatie? Meer specifiek als er geen inzage wordt gegeven in zijn sociale netwerk? Het gaat

71 Alleen als sprake zou zijn van een noodzaak tot handelen omdat de veiligheid en/of gezondheid van betrokkenen of omgeving in het geding is, kan dit anders zijn. Zie beleidsvisie p. 4.

72 Afdeling advisering van de Raad van State, 22 november 2013, no. W.13.13.0313/III, p. 17.

73 Advies CBP op wetsvoorstel, 29 juli 2013, Z2013-00534 p. 4.

74 De Privacy Barometer is een particulier initiatief. De (mensen van de) Privacy Barometer zijn onafhankelijk en niet (politiek) gebonden aan enige partij of beweging. Op de site is informatie te vinden over hoe politieke partijen denken over de privacy van de burger. De mening van partijen over proefballonnen, voorstellen en wetten die de privacy raken is samengevat in de barometer. Ook worden zij geraadpleegd door het kabinet of benaderen zij zelf middels een brief het kabinet/Tweede Kamer.

75 Privacy Barometer, Gaten in wetsvoorstel maatschappelijke ondersteuning (Wmo).

dan om anderen dan hem zelf. Het volgende citaat uit de MvT⁷⁶ illustreert hoe de regering hier tegenaan kijkt.

Bij de beoordeling van de mogelijkheden om mee te werken neemt de gemeente vanzelfsprekend de persoonlijke situatie in ogenschouw. In lijn met het voorgaande moet de betrokkene naar het oordeel van de regering in het kader van zijn melding voor een maatwerkvoorziening ook de gemeente actief informeren over personen die onderdeel uitmaken van zijn sociale netwerk en over wat deze personen al dan niet bij de maatschappelijke ondersteuning voor hem zouden kunnen betekenen. Indien de gemeente dat wenselijk vindt, moet de betrokkene ook bereid zijn de gemeente in contact te brengen met personen uit zijn sociale netwerk. Dit is alleen anders als de betrokkene gegronde redenen heeft om dit te weigeren.

De regering schrijft elders dat een weigering de gemeente niet van de verplichting ontslaat om een maatwerkvoorziening toe te kennen maar dat als gevolg van de weigering een maatwerkvoorziening niet of minder goed is afgestemd en dat betrokkene het College daar vervolgens niet op kan aanspreken.⁷⁷ Een andere consequentie is dat het ontbreken aan de voor die afstemming relevante informatie de verplichting van het borgen van kwaliteit van de voorziening bemoeilijkt.⁷⁸ Het kan er ook mogelijk toe leiden dat het college komt tot een negatief besluit op een aanvraag. In de MvT (zie citaat) wordt het subsidiariteitsvereiste zelfs omgedraaid door cliënt de afweging te laten maken of gegevensverwerking in verhouding staat tot de benodigde ondersteuning en er voor te kiezen daar vanaf te zien als die verhouding er niet is.⁷⁹

In de Beleidsvisie schrijft de regering dat de Wmo 2015 voldoende mogelijkheden biedt om de noodzakelijke gegevensverwerking vorm te geven en dat er geen noodzaak is voor het realiseren van een nieuw overkoepeld wettelijk kader. Er wordt positief gedacht over de lerende praktijk van de gemeenten in een net aangevangen decentralisatieproces. Een lerende praktijk gaat echter noodzakelijkerwijs gepaard met vallen en opstaan. Dat betekent dat schendingen onontkoombaar zijn en wellicht vaker voorkomen dan toelaatbaar is. Het betekent ook dat het recht op en de waarborg van bescherming tegen inbreuken niet vooraf aanwezig zijn en slechts pas achteraf toetsbaar zijn. Als dergelijk inbreuken überhaupt aan het licht komen in dit lerende proces, want het vraagt ook om een

76 *Kamerstukken II 2013/14, 33 841, nr. 3, p. 23.*

77 *Nader rapport bij het wetsvoorstel Wmo, brief van 13 januari 2014 aan de Tweede Kamer, 185027-115646-WJZ, p. 8.*

78 *Nota naar aanleiding van het Nader Verslag, Kamerstukken II 2013/14, 33 841, nr. 62, p. 93.*

79 *Kamerstukken II 2013/14, 33 841, nr. 3, p. 58.*

zekere mondigheid en kennis van de burger over privacywetgeving. Temeer in de situatie van het keukentafelgesprek waar hij, ondanks de mogelijkheid van cliëntondersteuning, toch in beginsel in een ongelijkwaardiger positie ten opzichte van de overheid verkeert. Dat de burger als het ware is overgeleverd aan die lerende praktijk lijkt te worden onderschat of als logisch gevolg daarvan gezien.⁸⁰ Afbakening is noodzakelijk waardoor minder ruimte ontstaat voor rechtsonzekerheid.

Het voorgaande neemt niet weg dat het te begrijpen is dat inzichtelijk moet worden waar ondersteuning nodig is. Het blijft echter vergaand dat ook buiten de huiselijke kring gekeken en uitgevraagd wordt. Ook al is het doel daarvan (en is het noodzakelijk) om daarmee een antwoord te kunnen geven op de hulpvraag. Het is in ieder geval goed dat het soort informatie dat aan betrokkene wordt gevraagd slechts de zogenaamde “dat- informatie” zou betreffen. Dit zijn gegevens die aangeven dat er sprake is van een bepaalde situatie, vorm van ondersteuning of voorziening, of dat voldaan wordt aan een bepaalde norm, zonder in te gaan op de inhoud daarvan.⁸¹ De informatie gevraagd over mensen buiten de huiselijke kring⁸² mag aldus het Nader rapport geen medische informatie betreffen.⁸³ Hiermee wordt wellicht een grens getrokken om niet bovenmatig gegevens te verwerken maar gerust kan men daar niet op zijn. Immers, ook de regering gaat er van uit dat de betrokkene alleen bij gegronde redenen de gemeente niet in contact behoeft te brengen met personen uit zijn sociale netwerk. Indien de opgegeven reden is dat de nabij wonende zus om medische redenen niet te hulp kan schieten, zal de verleiding voor de gemeente groot kunnen zijn om toch maar ‘om een briefje van de dokter’ te vragen.

In de Wmo rechtspraak (Wmo 2007) zijn al wel zaken aan de orde geweest of en in hoeverre van anderen dan de aanvrager het meewerken aan een medisch onderzoek kon worden gevergd om de aanspraak op een Wmo voorziening (hulp bij het huishouden) vast te stellen. In die zaak⁸⁴ was de vraag of van de inwonende zoons medisch gezien kon worden gevergd dat zij huishoudelijke taken uitvoerden. De CRvB oordeelt dat indien zonder deugdelijke reden niet is meegewerkt aan een huisbezoek en een medisch onderzoek, als gevolg daarvan het recht op huishoudelijke verzorging niet is vast te stellen. Hieruit kan echter niet

80 Zie ook CBP, brief van 3 juni 2014, Z2014-00393.

81 Zie Beleidsvisie p. 43.

82 De term komt uit de parlementaire geschiedenis en is opgenomen in artikel 1.1.1, eerste lid Wmo 2015. Bedoeld zijn het gezin, de huisgenoten en de mantelzorgers.

83 Zie Nader rapport bij het wetsvoorstel Wmo, brief van 13 januari 2014 aan de Tweede Kamer, 185027-115646-WJZ, p. 8.

84 CRvB 25 juli 2011, nr. 11-3714 WMO-VV, ECLI:NL:CRVB:2011:BR4090.

de conclusie worden getrokken dat iedereen die tot het sociale netwerk behoort, maar mee moet werken. Omdat de verantwoordelijkheid voor het functioneren van het huishouden primair bij de leefeenheid berust, brengt dat met zich dat de huisgenoten niet alleen worden geacht de gebruikelijke zorg te bieden maar tevens dat zij medeverantwoordelijkheid dragen voor de vaststelling van de mate van huishoudelijke verzorging waarop een huisgenoot bij het college aanspraak maakt. Anders gezegd: de zonen zouden als huisgenoten meeprofiteren van het bieden van huishoudelijke hulp en daarmee kwamen zij binnen de reikwijdte van de meewerkplicht.

Ook onder de Wmo 2015 worden huisgenoten geacht gebruikelijke hulp te bieden. Bij het bepalen van de noodzaak en de omvang van de maatwerkvoorziening wordt hun mogelijke bijdrage ingeboekt. Dat geldt echter niet voor personen die geen huisgenoten zijn. Of zij in theorie kunnen bijdragen is niet van belang en informatie daarover kan dan ook niet bij hen of over hen worden opgevraagd omdat het voor het beoordelen van de aanvraag niet relevant is. Het is in het verlengde daarvan evenmin van belang om die informatie in de keukentafelfase te eisen en, als dan geweigerd wordt, te beoordelen of de opgegeven reden wel 'gegrond' is.

En als de betrokkenen toch toestemming geven? Het CBP heeft aangegeven dat gemeenten bij de verwerking van gevoelige gegevens van meet af aan rekening dienen te houden met de eisen die uit de Wbp voortvloeien.⁸⁵ Er mogen niet meer gegevens gedeeld worden dan noodzakelijk, gegevens mogen niet gebruikt worden voor het doel dat niet verenigbaar is met het oorspronkelijke doel waarvoor zij zijn verzameld en ze moeten adequaat worden beveiligd. Het verkrijgen van toestemming van de betrokkene legitimeert geenszins bovenmatige of niet noodzakelijke verwerking van persoonsgegevens.

In de setting van het 'keukentafelgesprek' kan al te gemakkelijk informatie worden gevraagd en gegeven. Het is daarom uiterst belangrijk dat de burger ook op dit punt goed wordt geïnformeerd. Niet alleen omtrent de vraagstelling maar ook over het geven van toestemming.

6 Afrondend

Met de Wmo 2015 wordt de al eerder in gang gezette omslag in denken over de sociale zekerheid en de sociale voorzieningen en de wijze waarop daar uitvoering aan wordt gegeven, voortgezet. Het doel is niet meer om in geval van beperkin-

85 Zie brief van 3 juni 2014 van het CBP aan het Ministerie van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties, Z2014-00393.

gen in de participatie en de zelfredzaamheid door middel van een vooraf bepaald pakket aan oplossingen de beperkingen te lijf te gaan. Eerst wordt gekeken of en op welke manier de burger zelf zijn probleem op kan lossen. Pas in laatste instantie wordt een individuele maatwerkvoorziening ingezet. Op zich lijkt daar weinig tegen te zijn. Toch zal men alert moeten zijn op een aantal bijverschijnselen van deze manier van werken. De beoogde, en voor een goede uitvoering van de Wmo 2015 noodzakelijke, gelijkwaardigheid tussen burger en lokale overheid zou wel eens veel lastiger te bereiken zijn dan gedacht. Niet in de laatste plaats door het daarvoor noodzakelijke vertrouwen van de burger in de overheid.⁸⁶ Dat vertrouwen moet gewonnen en behouden worden en vereist een andere grondhouding dan die de gemeente (deels door de rijkswetgever gedwongen) bij de uitvoering van bijvoorbeeld de Participatiewet aanneemt. Dat is er een van controle, maatregelen en boetes. Vertrouwen is delicaat. Het gezegde dat het te voet komt en te paard gaat spreekt niet voor niets zo tot de verbeelding. Vertrouwen winnen vraagt geduld en een open vizier maar wordt minder snel gewonnen als de vertegenwoordiger van de gemeente teveel vraagt, gaat rondneuzen in het sociale netwerk en zich met aangelegenheden gaat bemoeien waarvan de burger vindt dat die privé zijn. Is het eigenlijk wel mogelijk om met de overheid een gelijkwaardig gesprek te hebben als je afhankelijk van diezelfde overheid bent? Een ambtenaar aan je keukentafel is niet 'gewoon', schrijft Bosselaar.⁸⁷ En dat is eigenlijk ook zo. Een overheid die teveel achter de voordeur komt en kijkt kan de burger kopschuw maken. Een averechts effect zou kunnen zijn dat de burger zich juist afwendt van de overheid waardoor een van de doelen van de Wmo, meedoen aan de samenleving, juist minder wordt bereikt.

86 Zie ook de Privacy Impact Assessment (PIA) brief van 7 november 2014 2014-0000577951, p. 4.

87 Een ambtenaar aan je keukentafel is niet 'gewoon'. Hans Bosselaar, 24 november 2013 in <http://essay-fsw.com/tag/bezuinigingen/>.

Deel 4

De introductie van ziekenhuizen met winstoogmerk

Mr. dr. E. Plomp¹

*Merk
toch hoe sterk
is het winstoogmerk.*

Gerrit Komrij

1 Emke Plomp is universitair docent en onderzoeker gezondheidsrecht bij de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Leiden, zelfstandig juridisch adviseur en psychiater bij het Universitair Medisch Centrum Utrecht. Zij dankt het bestuur van de Vereniging voor Gezondheidsrecht (in het bijzonder prof. mr. dr. A.C. Hendriks, prof. mr. dr. D.P. Engberts, mr. A.C. de Die en prof. mr. dr. J.G. Sijmons), prof. mr. dr. H.J. de Kluiver en prof. dr. mr. T.F.E. Tjong Tjin Tai voor hun commentaar op een eerdere versie van dit preadvies. De tekst is afgesloten op 26 januari 2015.

1 Inleiding

Door het toestaan van winstuitkering door aanbieders van medisch-specialistische zorg kan een belangrijke volgende stap gezet worden in de verdere ontwikkeling van het zorgstelsel.² In tegenstelling tot in de meeste andere Europese landen, hebben ziekenhuizen met winst oogmerk in Nederland (tot voor kort) nooit bestaan. In 1977 werd in het 'Besluit normen en algemene voorwaarden voor erkenning van ziekenhuizen' voor het eerst een verbod op winst oogmerk opgenomen, dat vervolgens in 1979 werd overgenomen in de Wet ziekenhuisvoorzieningen om 'de controle op het beheer en de uitgaven der ziekenhuizen en inrichtingen te verbeteren'.³ Hoewel een winstverbod minder goed past in een op vraagsturing en gereguleerde marktwerking gebaseerd stelsel⁴ en (daarbinnen) bovendien op gespannen voet staat met het Europees recht,⁵ werd het bij de stelselwijziging in 2006 toch overgeheveld naar art. 5 lid 2 Wet toelating zorginstellingen (WTZi). Gevreesd werd namelijk dat het toestaan van winstuitkering zou leiden tot een 'opwaartse druk op de collectieve middelen' en dat er op dat moment (*i.e.*, kort na de stelselherziening) 'onvoldoende *countervailing powers* [aanwezig waren] om een eventuele uitruil tussen winst en kwaliteit te kunnen bewaken'.⁶ De afgelopen jaren werd het *beogen* van winst door ziekenhuizen en zelfstandige behandelcentra (ZBC's) gedoogd, maar het *uitkeren* ervan nog niet. Wanneer het voorstel voor de Wet vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg ('Wet winstuitkering'),⁷ dat sinds juli 2014 bij de Eerste Kamer ligt,⁸ wordt aangenomen, vervalt het winstverbod van art. 5 lid 2 WTZi en wordt in de artikelen 16a tot en met 16i WTZi een regeling opgenomen die winstuitkering door aanbieders van medisch-specialistische zorg onder voorwaarden mogelijk maakt.

2 Zie voor een beschrijving van de historische ontwikkeling van het zorgstelsel en in het bijzonder het winstverbod: E. Plomp, *Winst in de zorg. Juridische aspecten van winstuitkering door zorginstellingen* (diss. Amsterdam UvA), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 65-199.

3 *Kamerstukken II* 1968/69, 9717, nr. 4, p. 2.

4 Vgl. reeds Commissie-Dekker, *Bereidheid tot verandering*, Den Haag 1987; nota 'Vraag aan bod', *Kamerstukken II* 2000/01, 27 855, nr. 2; RvS, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, nr. A, p. 12-13; RVZ, *Winst en gezondheidszorg*, Zoetermeer: RVZ 2002.

5 J.G. Sijmons, *Aanbodregulering en de Wet toelating zorginstellingen* (diss. Groningen), Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 217-222, 316-319 en 332-335; Plomp 2011, p. 272-319; E. Plomp, 'Verbod op winstuitkering door aanbieders van medisch-specialistische zorg op gespannen voet met Europees recht', *NtEr* 2012(6), p. 202-210

6 *Kamerstukken II* 2000/01, 27 659, nr. 3, p. 20

7 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 168, nr. A

8 Ten tijde van het afronden van dit preadvies was de behandeling bij de Eerste Kamer tijdelijk aangehouden in afwachting van een oordeel van de Raad van State over amendement-Bruins Slot, *Kamerstukken II* 2013/14, 33 168, nr. 28.

Met het wetsvoorstel wordt een verbetering van de kwaliteit, dienstverlening en doelmatigheid van de medisch-specialistische zorg beoogd. De regering verwacht dat private investeerders zullen aansturen op meer doelmatigheid en door hun bedrijfseconomische expertise zullen bijdragen aan verbeteringen in de bedrijfsvoering. Daarnaast verwacht zij dat met privaat kapitaal innovaties kunnen worden gefinancierd, waardoor de zorgverlening kwalitatief beter, doelmatiger en meer servicegericht kan worden. Ten slotte kan het toelaten van winstuitkering volgens de regering leiden tot de toetreding van nieuwe instellingen en daarmee een toename van de (gewenste) concurrentie en marktdynamiek.⁹ Omdat de gerichtheid op winst en de bemoeienis van privaat kapitaalverschaffers ook risico's voor de publieke belangen meebrengen, worden in het wetsvoorstel nadere voorwaarden gesteld aan winstuitkeringen door aanbieders van medisch-specialistische zorg. Naar verwachting worden hiermee de belangrijkste risico's weggenomen. Niettemin zijn er ook aspecten die nog onvoldoende aandacht hebben gekregen. Vanwege de nadelen die een verdere uitbreiding van de publiekrechtelijke regulering kan meebrengen, lijkt het nuttig na te gaan in hoeverre het privaatrecht hier kan voorzien in aanvullende bescherming.

De vragen die ik in dit preadvies aan de orde zal stellen zijn daarom welke (ongewenste) ontwikkelingen zich de komende jaren binnen de Nederlandse gezondheidszorg als gevolg van het toelaten van winstuitkering door aanbieders van medisch-specialistische zorg zouden kunnen voordoen (paragraaf 2), in hoeverre de publiekrechtelijke wetgeving toereikend en geschikt is om deze ongewenste ontwikkelingen te voorkomen (paragrafen 3 en 4) en op welke wijze het privaatrecht aanvullende bescherming kan bieden (paragrafen 5 en 6). Meer in het bijzonder richt ik mij hierbij op de betekenis die het vennootschappelijk belang, de vennootschappelijke redelijkheid en billijkheid, de behoorlijke taakvervulling en de civielrechtelijke zorgplichten kunnen hebben voor de bescherming van de belangen van patiënten en de publieke belangen die de zorginstelling dient. Mede gelet op de toegemeten omvang voor dit preadvies, beperk ik mij tot een verkenning op hoofdlijnen en neem ik hierbij het ziekenhuis met de rechtsvorm van een NV of BV (hierna de 'zorgonderneming') tot uitgangspunt.

2 Mogelijke toekomstige ontwikkelingen

2.1 Gevolgen van strategisch gedrag

Aannemelijk is dat de toetreding van ziekenhuizen met winstoogmerk tot op zekere hoogte zal leiden tot strategisch gedrag – van zowel instellingen met als zonder winstoogmerk – dat nadelige gevolgen kan hebben voor de publieke

⁹ *Kamerstukken II 2011/12, 33 168, nr. 3, p. 1-5; Kamerstukken II 2012/13, 33 168, nr. 8, p. 8-9, 17, 21-24*

belangen. Zorgaanbieders met winstoogmerk zullen mogelijk immers trachten hun winst te vergroten door meer, duurdere en/of minder goede zorg te leveren, wat kan resulteren in patiëntselectie, het verlenen van onnodige zorg (aanbodgeïnduceerde vraag), onredelijke prijsverhogingen, disproportionele beloningen voor bestuurders, hogere inkomens voor medisch specialisten, het onterecht in rekening brengen van dure zorg (*upcoding*) en onverantwoorde bezuinigingen op de kwaliteit en het aanbod van de zorg.¹⁰

Vanuit economisch perspectief bezien kan dergelijk strategisch gedrag worden verklaard doordat de gezondheidszorgmarkt – zelfs in een stelsel van *gereguleerde* marktwerking – vrijwel steeds gekenmerkt wordt door (enige mate van) marktfalen.¹¹ Met name indien sprake is van *contractfalen* – een bijzondere vorm van marktfalen die wordt veroorzaakt doordat bepaalde aspecten van de zorg voor buitenstaanders (*i.e.*, patiënten, zorgverzekeraars en toezichthouders) niet goed te observeren, meten of verifiëren zijn – kan een sterke prikkel tot doelmatigheid ten koste gaan van de kwaliteit, toegankelijkheid en continuïteit van de zorg. Zorgaanbieders worden dan immers niet of slechts ten dele ‘afgerekend’ op hun gedragingen, terwijl zij wel de (concurrentie)voordelen genieten. In het algemeen is de mate van contractfalen groter bij complexe vormen van zorg (zoals oncologische zorg). Bij op winst gerichte instellingen worden deze risico’s nog versterkt, doordat aandeelhouders via zeggenschapsrechten invloed kunnen uitoefenen op het beleid en de hoogte van de winstuitkering. Doordat aandeelhouders zelf slechts in beperkte mate aansprakelijk zijn, kunnen zij het bestuur aanzetten tot potentieel winstgevende, maar risicovolle activiteiten en de eventuele ongewenste gevolgen van dergelijke strategische gedragingen grotendeels op anderen (zoals verschaffers van vreemd vermogen) afwentelen (‘externaliseren’).¹² Het bestuur zal daardoor ook een grotere prikkel ervaren om misbruik te maken van informatieasymmetrie. Wanneer *for-profit* instellingen via strategisch gedrag hun concurrentiepositie versterken, kan bovendien voor *non-profit* instellingen een prikkel ontstaan om het gedrag van de *for-profits* (gedeeltelijk) te imiteren (‘*spillover effects*’).

Voor het bestaan van de genoemde (theoretische) risico’s bestaat overigens slechts beperkt empirisch bewijs. In meta-analyses van – voornamelijk Amerikaanse – economisch empirische studies naar de invloed van winstoogmerk op zorginstellingen zijn geen *systematische* verschillen gevonden tussen wel en niet op winst gerichte ziekenhuizen wat betreft de kwaliteit en doelmatigheid van de zorg. De

10 E. Dijkgraaf e.a., *Winstuitkering: winst voor de publieke belangen? Een literatuurstudie*, Rotterdam: SEOR-ECRI 2006; Plomp 2011, p. 6-7 en 26-27.

11 K.J. Arrow, ‘Uncertainty and the Welfare Economics of Medical Care’, *The American Economic Review* 1963(5), p. 941-973.

12 Zie P. Ireland, ‘Limited Liability, Shareholder Rights and the Problem of Corporate Responsibility’, *Cambridge Journal of Economics* 2010(5), p. 837-856.

kwaliteitsverschillen tussen ziekenhuizen met dezelfde eigendomsvorm zijn onderling – voor zover deze meetbaar zijn – minstens net zo groot als die tussen ziekenhuizen met verschillende eigendomsvormen.¹³ Wel zijn er aanwijzingen dat ziekenhuizen met winstoogmerk zich eerder schuldig maken aan patiëntselectie, via doorverwijzing van complexe patiënten. Daarnaast blijken na toetreding van *for-profit* instellingen alle instellingen (dus ook de *non-profits*) minder geneigd om zorg te verlenen aan onverzekerden. *For-profit* instellingen blijken gevoeliger voor financiële prikkels en minder geneigd om onrendabele zorg te verlenen dan ziekenhuizen zonder winstoogmerk. Verder betalen ze gemiddeld hogere honoraria aan medisch specialisten en bestuurders en lagere lonen aan andere werknemers. Ze brengen gemiddeld hogere tarieven in rekening, maar investeren tegelijkertijd ook meer in kapitaalgoederen, innovaties en *overhead*.¹⁴ De voornaamste risico's lijken derhalve te liggen op het terrein van de toegankelijkheid van de zorg.

Doordat de bevindingen sterk afhankelijk zijn van de context – zoals het bekostigingssysteem,¹⁵ de mate en de aard van de concurrentie tussen zorgaanbieders, de invloed van zorgverzekeraars, de bestaande publiekrechtelijke waarborgen, het nationale vennootschaps- en ondernemingsrecht,¹⁶ alsmede de professionele normen en beroepsethiek van de betrokken beroepsbeoefenaren¹⁷ – zijn deze resultaten echter niet zonder meer te extrapoleren naar het Nederlandse zorgstelsel.¹⁸ De risico's van het formeel toelaten van winststreven worden voor een belangrijk deel genuanceerd doordat in de wet reeds diverse waarborgen zijn opgenomen

-
- 13 Dijkgraaf e.a. 2006, p. 24-25 en 29; M. Varkevisser, 'Winst in de ziekenhuiszorg: wat leert de empirie ons?', *VGE Bulletin* 2008, 25(1), p. 12-17; P.P.T. Jeurissen, *For-profit Hospitals. A comparative and longitudinal study of the for-profit hospital sector in four Western countries* (diss. Rotterdam), Rotterdam: Optima Grafische Communicatie 2010, p. 24-27; Plomp 2011, p. 28-29.
- 14 D.M. Cutler, *The Changing Hospital Industry: Comparing Not-for-Profit and For-Profit Institutions*, University of Chicago Press 2000; Dijkgraaf e.a. 2006, p. 26-27; Jeurissen 2010, p. 24-26.
- 15 Vgl. H. Keuzenkamp, 'De ziekenhuisbekostiging gefileerd', in: F.T. Schut & M. Varkevisser (red.), *Een economisch gezonde gezondheidszorg. Preadviezen KVS 2012*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 201-216; D.A. Hyman, 'Follow the Money: Money Matters In Health Care, Just Like in Everything Else', *American Journal of Law & Medicine* 2010(2/3), p. 370-388.
- 16 Vgl. T.L. Greaney en K.M. Boozang, 'Mission, Margin, and Trust in Nonprofit Health Care Enterprise', *Yale Journal of Health Policy, Law, and Ethics* 2005(1), p. 1-87.
- 17 Vgl. M.T. Hilhorst, 'Goeddoen met winst maken. Naar een economisering van zorg en beroepsethiek?', in: CEG, *Economisering van zorg en beroepspraktijk*, 2004.
- 18 Vgl. M. Kerste & L. Kok, *Winst in de eigendomsstructuur. Eigendom, winstbestemming en zeggenschap binnen ziekenhuizen*, Amsterdam: SEO Economisch Onderzoek 2010, p. 32; Plomp 2011, p. 31-32; E. Plomp, F.T. Schut & M. Varkevisser, 'Winstuitkering bij ziekenhuiszorg', *ESB* 2013, 98(4667), p. 508-511.

om de publieke belangen te beschermen (zie paragraaf 3). Daarnaast is van belang dat in het huidige zorgstelsel (nagenoeg) alle ziekenhuizen in de praktijk reeds gericht zijn op het behalen van een positief exploitatieresultaat. De verschillen tussen instellingen met en zonder winstoogmerk zijn daardoor vermoedelijk kleiner dan (ten tijde van de genoemde onderzoeken) in de Verenigde Staten, waar *non-profit* instellingen lange tijd uitsluitend charitatieve, religieuze, wetenschappelijke of op opleiding gerichte doelstellingen hadden en voor hun financiering slechts gedeeltelijk afhankelijk waren van inkomsten uit zorgverlening.¹⁹

2.2 Gevolgen voor de structuur van de curatieve zorg

Mede gelet op de ontwikkelingen die zich in onder andere de Verenigde Staten en Duitsland hebben voorgedaan, lijkt aannemelijk dat ook de dynamiek op de Nederlandse zorgaanbiedersmarkt als gevolg van de opheffing van het winstverbod een impuls zal krijgen. Waarschijnlijk zullen nieuwe zorgaanbieders de markt betreden. Dit is in beginsel gunstig voor de concurrentie tussen zorgaanbieders en daarmee voor de publieke belangen. Naar verwachting zal echter ook de reeds bestaande tendens tot schaalvergroting, fusies, overnames, ketenvorming en verticale integratie worden versterkt.²⁰ Om hun doelmatigheid te bevorderen zullen *for-profit* instellingen immers – meer dan *non-profits* – streven naar het behalen van synergie- en schaalvoordelen, het verbeteren van hun strategische positie en het versterken van hun onderhandelingspositie ten opzichte van zorgverzekeraars. Mogelijk zullen zij bovendien niet alleen om *strategische* redenen, maar ook om (voornamelijk) *financiële* redenen overgaan tot het doen van overnames. Zo kunnen zij zich bijvoorbeeld richten op het – tegen een lage prijs – opkopen van ziekenhuizen die in een slechte financiële positie verkeren.²¹ Wanneer de opbrengsten grotendeels ten goede komen aan de aandeelhouders, terwijl de kosten of verliezen deels voor rekening van anderen komen (*i.e.*, geëxternaliseerd kunnen worden), zullen aandeelhouders druk uitoefenen op het bestuur van de zorginstelling om een dergelijke risicovolle transactie aan te gaan. Opportunisme en onderschatting van de financiële risico's leiden na fusies en overnames niet zelden tot tegenvallende winstgevendheid, productiviteit en innovatie en in sommige gevallen zelfs tot faillissement.²² Verdergaande concentratievorming kan (derhalve) – naast positieve – ook belangrijke negatieve gevolgen hebben voor de publieke belangen. Het kan de macht van ziekenhuizen ten opzichte van zorgver-

19 B.H. Gray, *The Profit Motive and Patient Care: The Changing Accountability of Doctors and Hospitals*, Cambridge (MA) / London: Harvard University Press 1991, p. 61-68

20 Vgl. Gray 1991, p. 73-74.

21 Vgl. de overname van IJsselmeerziekenhuizen, het Slotervaartziekenhuis en (een deel van) De Sionsberg door MC Groep.

22 Vgl. J.S. Sijmons, 'De cure: transitie en onbalans', in: J.G. Sijmons, T.A.M. van den Ende & G.R.J. de Groot, *Stelsel onder stress* (preadvies VGR), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 32.

zekeraars (verder) versterken,²³ ten koste gaan van de concurrentie tussen zorgaanbieders en (mede daardoor) leiden tot een afname van keuzemogelijkheden voor patiënten, prijsstijgingen en achterblijvende innovatie. Indien concentratievorming gepaard gaat met een concentratie van het zorgaanbod en het afstoten van bepaalde vormen van zorg, kan dit in bepaalde gevallen weliswaar positieve effecten hebben op de kwaliteit van zorg,²⁴ maar in sommige gevallen ook ongunstig zijn voor de kwaliteit, toegankelijkheid en continuïteit van de zorg. Voor het adagium *'big is beautiful'* bestaat voor ziekenhuizen weinig empirisch bewijs.²⁵ Hierbij is bovendien van belang dat de schaalgrootte van de meeste Nederlandse ziekenhuizen al relatief groot is, waardoor vanuit economisch perspectief nauwelijks meer efficiëntievoordelen te behalen zijn.²⁶

Wanneer verdergaande concentratievorming leidt tot het ontstaan van zeer grote instellingen, zijn daaraan nog extra risico's verbonden. Er zouden zodanig grote of zodanig belangrijke (ketens van) ziekenhuizen kunnen ontstaan, dat bij faillissement de continuïteit van de zorg (in een bepaalde regio) in gevaar komt. Aangezien de daarvoor bestemde wettelijke bescherming niet geheel toereikend is (zie paragraaf 3.3), zal bij een dreigend faillissement financiële steun van zorgverzekeraars of de overheid soms (toch) noodzakelijk zijn om de (financiële) stabiliteit van het stelsel van de gezondheidszorg of de continuïteit van de zorg te waarborgen (*'too big to fail'*). Het 'belonen' van minder goed presterende instellingen geeft perverse prikkels, zorgt voor een ongelijk speelveld en verstoort de concurrentie tussen zorgaanbieders.²⁷ Deze risico's worden bovendien nog eens versterkt doordat aandeelhouders van dergelijke 'systeemziekenhuizen' juist geneigd kunnen zijn om het bestuur aan te zetten tot risicovolle activiteiten of de in para-

23 Hoewel dit door ziekenhuizen veelal anders wordt ervaren, wordt in de recente evaluatie van de Zorgverzekeringswet geconcludeerd dat er op de zorginkoopmarkt reeds sprake is van 'een – vanuit maatschappelijk perspectief bezien – onwenselijke grote macht' bij ziekenhuizen. Zie K. Kuperus e.a., *Evaluatie Zorgverzekeringswet*, KPMG Plexus 2014, bijlage bij *Kamerstukken II 2014/15*, 29 689, nr. 545.

24 Vgl. M.E. Porter & E.O. Teisberg, *Redefining Health Care: Creating Value-Based Competition on Results*, Boston (MA): Harvard Business School Press 2006.

25 R.E. Herzlinger, *Market-Driven Health Care: Who Wins, Who Loses in the Transformation of America's Largest Service Industry*, Cambridge, MA: Perseus Books Group 1997, p. 128-154

26 M. Varkevisser, S.A. van der Geest & F.T. Schut, *Concurrentie tussen Nederlandse ziekenhuizen: de deelmarkt voor reguliere klinische zorg*, OCFEB/iBMG, Erasmus Universiteit Rotterdam 2004; J. Blank, A. Dumaij & B. van Hulst, *Ziekenhuismiddelen in verband. Een empirisch onderzoek naar productiviteit en doelmatigheid in de Nederlandse ziekenhuizen 2003-2009*, Centrum voor Innovatie en Publieke Sector Efficiëntie Studies, Delft: TU Delft 2011, p. 60-63

27 Plomp 2011, p. 471-473.

graaf 2.1 genoemde strategische gedragingen, omdat voor hen de mogelijkheden om ondernemingsrisico's af te wentelen op derden ook groter zijn. Vanwege het vooruitzicht dat bij een dreigend faillissement eventueel toch financiële steun zal worden verleend, kunnen zij immers – anders dan aandeelhouders van 'gewone' ziekenhuizen – ook kosten afwentelen op zorgverzekeraars of de overheid. Daarnaast is het aandeelhoudersbestand bij een dergelijk (groot) ziekenhuis vaak verspreid over meerdere kleine aandeelhouders, die relatief anoniem zijn en (mede daardoor) meer geneigd kunnen zijn hun eigenbelang te volgen.

Verdergaande *verticale integratie* kan efficiëntievoordelen bieden, maar brengt ook het risico van belangenverstremgeling mee. Zo zouden bijvoorbeeld zorgverzekeraars en huisartsengroepen via winstrechten in een zorginstelling kunnen profiteren van verwijzingen naar deze instelling. Andere zorginstellingen, verzorgings- en verpleeghuizen, thuiszorginstellingen en aanbieders van ambulancediensten kunnen mogelijk via zeggenschapsrechten de zorgonderneming ertoe bewegen patiënten naar henzelf te verwijzen of via winstrechten profiteren van eigen verwijzingen naar de betreffende instelling. Farmaceutische groothandels en producenten van medische hulpmiddelen zouden via de uitoefening van zeggenschapsrechten kunnen aansturen op de afname van hun producten. Dergelijke vormen van belangenverstremgeling zullen niet altijd ook in het belang van de kwaliteit van zorg zijn en kunnen het vertrouwen van de burger in (het stelsel van) de gezondheidszorg schaden.²⁸

3 Enkele observaties met betrekking tot de publiekrechtelijke wetgeving

De afgelopen jaren is, met name door de uitbreiding van de vrije prijsvorming en de prestatiebekostiging, de concurrentie op de markt voor curatieve medisch-specialistische zorg toegenomen. In de wet- en regelgeving en de hoofdlijnenakkoorden zijn aanvullende waarborgen gecreëerd om de kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van de zorg te beschermen tegen de potentiële nadelige effecten van marktfalen.²⁹ Door de toegenomen risicodragendheid worden zorgverzekeraars meer geprikkeld om hun rol als inkoper van kwalitatief goede zorg tegen een lage prijs waar te maken. Wanneer de markt beter gaat functioneren (*i.e.*, minder sprake is van marktfalen), biedt dit ook bescherming tegen de gesignaleerde risico's van het (formeel) toelaten van ziekenhuizen met winstoogmerk. Dit bete-

28 Vgl. J.G. Sijmons & T.A.M. van den Ende, 'De juridische herpositionering van de zorginstelling', in: *Maatschappelijk ondernemen in het bijzonder in de zorg* (preadvies Vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: Kluwer 2008, p. 74-75; Plomp 2011, p. 420-441.

29 Zie de inleiding van J.G. Sijmons bij deze preadviezen en M. Gelpke, 'De marktordening', in: H.J.J. Leenen e.a., *Handboek gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 759-862.

kent dat deze risico's anno 2015 in beginsel kleiner zijn dan ten tijde van de stelselherziening bijna een decennium geleden. Om de nog resterende risico's zoveel mogelijk weg te nemen worden in (het voorstel voor) de Wet winstuitkering voorwaarden gesteld voor winstuitkeringen door aanbieders van medisch-specialistische zorg. Kort gezegd, dient de solvabiliteitsmarge na een winstuitkering nog steeds minimaal twintig procent te bedragen, moet het resultaat van de zorgaanbieder in de drie boekjaren voorafgaand aan de winstuitkering positief zijn geweest, mag geen sprake zijn van overheidssteun of overheidsgaranties of maatregelen van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) en wordt vereist dat het besluit tot winstuitkering is goedgekeurd door het bestuur, nadat het toezichthoudend orgaan daarover is gehoord. Specifiek ten aanzien van de eerste winstuitkering wordt bepaald dat deze niet eerder dan drie jaar na de eerste investering, na het doorstaan van een eenmalige kwaliteitstoets door de IGZ en na goedkeuring door de NZa mag plaatsvinden en bovendien maximaal vijftig procent van de winst mag bedragen. Daarnaast kunnen bij Amvb nog nadere regels worden gesteld over de maximale daling van de solvabiliteit als gevolg van een winstuitkering. Het voert te ver om in detail in te gaan op de vraag in hoeverre deze wet, in combinatie met de flankerende maatregelen in de overige stelselwetgeving, materieel toereikend is om de vereiste bescherming te bieden.³⁰ Ik volsta daarom met enkele observaties op hoofdlijnen, die ook voor de rest van mijn betoeg relevant zijn.

3.1 *Wet winstuitkering*

Een belangrijke inhoudelijke kanttekening bij het wetsvoorstel is dat hierin nauwelijks wordt gedifferentieerd tussen verschillende deelmarkten binnen de medisch-specialistische zorg. Grofweg wordt onderscheid gemaakt tussen (i) academische ziekenhuizen en instellingen voor intramurale AWBZ-zorg (thans Wlz-zorg), die beide uitgesloten blijven van de mogelijkheid tot het doen van winstuitkeringen, (ii) instellingen die uitsluitend extramurale GGZ of extramurale AWBZ-zorg aanbieden, waarvoor winstuitkering zonder nadere voorwaarden mogelijk blijft, en (iii) andere aanbieders van medisch-specialistische zorg (uitgezonderd individuele specialisten en maatschappen van medisch specialisten), die slechts onder voorwaarden winst mogen uitkeren. Waarom de scheidslijnen op deze wijze worden getrokken wordt slechts summier toegelicht. Niet goed valt bijvoorbeeld in te zien waarom aan winstuitkering door aanbieders van extramurale GGZ geen nadere voorwaarden zijn gesteld, terwijl ZBC's die uitsluitend

30 Zie daarover reeds E. Plomp, 'Wetsvoorstel voorwaarden voor winstuitkering aanbieders medisch-specialistische zorg', *TvGR* 2012(7), p. 548-563; Plomp, Schut & Varkevisser 2013; E. Plomp, 'Kanttekeningen bij het wetsvoorstel vergroten investeringsmogelijkheden in medisch-specialistische zorg', *Ondernemingsrecht* 2014/146.

extramurale somatische zorg aanbieden streng worden gereguleerd. Ook kan men zich afvragen in hoeverre het grote verschil in behandeling van academische ziekenhuizen en topklinische ziekenhuizen, die beide (mede) met onderzoeks- en opleidingsgeld worden gefinancierd, gerechtvaardigd is. Opvallend is echter vooral dat de gehele niet-academische somatische curatieve zorg (de derde categorie) over één kam wordt geschoren en dat daarbinnen dezelfde voorwaarden gelden voor (nagenoeg) alle deelmarkten en typen zorg. Een gevolg hiervan is dat de gestelde voorwaarden voor sommige deelmarkten onnodig restrictief zijn en voor andere deelmarkten tekortschieten. Voor aanbieders van zorg die wordt gekenmerkt door een lage mate van concurrentie en/of een hoge mate van contractfalen – zoals bijvoorbeeld oncologische zorg – zijn in beginsel meer stringente voorwaarden nodig dan voor bijvoorbeeld ZBC's of perifere ziekenhuizen die zich primair op laagcomplex basiszorg richten.³¹

Daarnaast kunnen ook bij de proportionaliteit en noodzakelijkheid van een aantal specifieke voorwaarden vraagtekens worden geplaatst, vooral als men deze beziet in het licht van het totaalpakket aan voorwaarden. Dit geldt in het bijzonder voor (i) de wachttijd van drie jaar voor de eerste winstuitkering; (ii) de voorwaarde dat het resultaat in de drie voorgaande jaren positief moet zijn geweest; en (iii) het feit dat geen sprake mag zijn van lopende overheidsgaranties. Hierbij moet bedacht worden dat op dit moment sowieso meer dan tachtig procent van de ziekenhuizen – ook na omzetting in een geschikte rechtsvorm – niet aan de gestelde voorwaarden voldoet.³²

Een kanttekening van wetstechnische aard die hiermee verband houdt, is dat de wet ook een relatief hoog 'instrumenteel' karakter heeft, in die zin dat daarmee vooral beoogd lijkt te worden voor elk potentieel 'probleem' een 'oplossing' aan te dragen. De regering verwijst in de parlementaire stukken meerdere malen naar de balans tussen enerzijds het nastreven van bescherming van de publieke belangen en anderzijds het niet teveel afschrikken van investeerders. Hoe de evenredigheidstoets precies heeft plaatsgevonden en of en hoe daarin de uitgangspunten van het gezondheidsrecht,³³ de beginselen van het ondernemingsrecht, de ethische aspecten en de gevolgen voor de beroepsethiek en de intrinsieke motivatie van werknemers zijn meegewogen is echter grotendeels onduidelijk.

Uit het feit dat de voorwaarden gedurende de periode dat het wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig was steeds verder zijn uitgebreid blijkt niet alleen een ambivalente houding van de wetgever, maar spreekt ook weinig *vertrouwen* in

31 Vgl. Plomp, Schut & Varkevisser 2013.

32 Eind 2012 had 80% van de algemene ziekenhuizen een solvabiliteit lager dan 20% en ruim een derde van de ziekenhuizen (na correctie voor het transitiebedrag uit het zorgverzekeringsfonds) een negatief resultaat. Zie BDO-Benchmark ziekenhuizen 2013, p. 26, 61-62.

33 Zie hierover Plomp 2011, p. 201-264.

(het redelijk handelen van) de bestuurders, toezichthouders en aandeelhouders van zorgondernemingen. In die zin vormt deze wet derhalve een voorbeeld van – ook elders in het gezondheidsrecht gesignaleerde³⁴ – *low trust*-wetgeving.

Ten slotte valt op dat het wetsvoorstel weinig is afgestemd op het privaatrecht. Op verschillende onderdelen worden – deels dwingendrechtelijke – bepalingen uit boek 2 BW doorkruist en worden civielrechtelijke sancties en bestuursrechtelijke sancties opgelegd, zonder een duidelijke motivering waarom de wetgever van oordeel is dat het BW tekortschiet in de vereiste bescherming. Zo zijn delen uit de regeling van art. 2:216 BW uit het BV-recht overgenomen en van overeenkomstige toepassing verklaard op zorgaanbieders met de rechtsvorm van een NV of coöperatie. Doordat de gronden waarop het bestuur zijn goedkeuring aan een door de algemene vergadering genomen uitkeringsbesluit kan onthouden limitatief zijn geformuleerd, wordt de speelruimte (ook) voor het bestuur van de zorgonderneming met de NV of de coöperatie als rechtsvorm beperkt. Daardoor is niet alleen onduidelijk hoe het bestuur dient om te gaan met (contractueel bedongen) rechten van banken, zorgverzekeraars en het Waarborgfonds voor de Zorgsector om mee te beslissen over winstuitkeringen of daaraan eventueel nadere voorwaarden te stellen, maar ook in hoeverre er nog ruimte is voor het bestuur om zijn goedkeuring aan een uitkering te onthouden indien deze in strijd is met het vennootschappelijk belang. Naar de letter van de wet wordt deze belangrijke waarborg uit boek 2 BW hier – vanwege het *lex specialis*-karakter van de wet – weggenomen. Het bestuur kan hierdoor ernstig belemmerd worden in zijn mogelijkheden om bijvoorbeeld winst te reserveren ten behoeve van een (noodzakelijke) investering, die pas op langere termijn voor de aandeelhouders zijn vruchten zal afwerpen. De rechtspraak zal moeten uitwijzen of dit inderdaad zo moet worden uitgelegd. Niettemin zou het verstandig zijn om deze bepaling aan te passen door (in elk geval) te bepalen dat het bestuur ook op andere gronden – zoals het belang van de vennootschap en de bijbehorende organisatie en dringende belangen van de bij de organisatie betrokkenen (met inbegrip van patiënten)³⁵ – zijn goedkeuring aan een voorgenomen winstuitkering mag onthouden.³⁶

3.2 Waarborgen tegen ongewenst strategisch gedrag

Uit de parlementaire geschiedenis van de Wet winstuitkering blijkt dat een deel van de gestelde voorwaarden erop is gericht investeerders die uit zijn op het behalen van winst op korte termijn af te schrikken en langetermijninvesteerders

34 J. Legemaate, 'Low trust in de gezondheidszorg', *TvGR* 2009(5), p. 351-359; J. Legemaate, *Wikken en wegen. Gezondheidsrecht in beweging* (oratie Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2011

35 Op het vennootschappelijk belang en de redelijkheid en billijkheid van art. 2:8 BW ga ik in paragraaf 5 nader in.

36 Zie over de gebrekkige afstemming met boek 2 BW meer uitgebreid: Plomp 2014.

(zoals institutionele beleggers) juist aan te trekken. De regering gaat er terecht van uit dat de risico's voor de publieke belangen – althans, gemiddeld – groter zijn bij investeerders die zich richten op winstgevendheid op de korte termijn. Doordat de belangen van op langetermijnresultaten gerichte aandeelhouders (meestal) meer parallel lopen met de belangen van de zorgonderneming, zullen zij naar verwachting minder snel aansturen op en eerder tegenwicht bieden tegen eventuele beslissingen van het bestuur die niet in overeenstemming zijn met de langetermijndoelstellingen van de zorgonderneming, wat waarschijnlijk ook de publieke belangen ten goede komt. Dit is echter niet altijd het geval. Ook de identiteit, het gedrag en de eigen doelstellingen van de betreffende investeerders spelen hierin immers een rol.³⁷ Er bestaat bovendien geen empirisch bewijs voor de juistheid van de aanname dat het voor (beurs)vennootschappen beter zou zijn om een groot percentage langetermijnaandeelhouders te hebben.³⁸ De bescherming die uitgaat van de focus op langetermijnaandeelhouders moet derhalve niet worden overschat.

De (overige) stelselwetgeving bevat minimumnormen (zoals 'verantwoorde zorg'), maximumnormen (zoals ten aanzien van de inkomens van bestuurders) en enkele bepalingen waarin bepaalde verantwoordelijkheden expliciet aan zorginstellingen worden 'opgedragen' (zoals de 45-minutennorm), maar daarbuiten is voor individuele zorgaanbieders niet precies gedefinieerd waar de grenzen van het toelaatbare liggen.³⁹ Daardoor blijft het externe toezicht op strategisch gedrag door zorgaanbieders ook beperkt tot de vraag of aan de publieke randvoorwaarden is voldaan. Voor een belangrijk deel is dit een bewuste keuze geweest, omdat een centrale vaststelling van de behoefte aan zorg door de overheid niet past in een meer vraaggericht stelsel. De verantwoordelijkheid voor het 'realiseren' van publieke belangen ligt dan immers in handen van zorgaanbieders en zorgverzekeraars. Laatstgenoemden worden op basis van hun 'regiefunctie' geacht bij te dragen aan het waarborgen van de publieke belangen in de gezondheidszorg door in overeenkomsten met zorgaanbieders eisen te stellen aan de beschikbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit van zorg. De overheid stelt alleen voorwaarden ter bewaking van de publieke belangen en 'beperkt zich daarbij tot het minimum, bewaakt de ondergrens'.⁴⁰ Een dergelijke terughoudende opstelling van de

37 De op institutionele beleggers rustende fiduciaire plicht brengt mee dat (ook) zij het aan hen toevertrouwde vermogen zo rendabel mogelijk moeten beleggen. Vgl. Plomp 2011, p. 6-7, 27-32, 336-343, 368-372.

38 Vgl. B. Bier, *De waarde van een aandeelhouder* (oratie Nyenrode) 2012, website Nyenrode.

39 Het voorstel voor de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg bevat overigens wel een meer gedetailleerde beschrijving van 'goede zorg' dan het begrip 'verantwoorde zorg' in de Kwaliteitswet zorginstellingen. Zie *Kamerstukken I* 2012/13, 32 402, nr. E.

40 Zie onder andere *Kamerstukken II* 2001/02, 27 659, nr. 7, p. 19-20, *Kamerstukken II* 2001/02, 27 659, nr. 10, p. 10, *Kamerstukken II* 2003/04, 27 659, nr. 16, p. 12.

overheid kan zorgverzekeraars en zorgaanbieders stimuleren om hun verantwoordelijkheid daadwerkelijk te realiseren. Niettemin zijn er ook kanttekeningen bij te plaatsen. In de eerste plaats gaat het, zoals in paragraaf 2.1 reeds vermeld, bij strategische gedragingen van zorgaanbieders vaak om aspecten die voor buitenstaanders (waaronder zorgverzekeraars) moeilijk te observeren, meten of verifiëren zijn. Mede gelet op de nog steeds beperkte transparantie op het gebied van de kwaliteit van zorg,⁴¹ kan betwijfeld worden of zorgverzekeraars (ooit) daadwerkelijk in staat zullen zijn om hun ‘regiefunctie’ waar te maken.⁴² In de tweede plaats kan de meer fundamentele vraag worden gesteld of de toelaatbaarheid van strategisch handelen wel beoordeeld moet worden op basis van de wettelijke en door de zorgverzekeraar eventueel aangevulde (minimum)normen voor bijvoorbeeld verantwoorde zorg. Is strategisch gedrag dat leidt tot een (significante) *achteruitgang* van de kwaliteit, toegankelijkheid of betaalbaarheid van de zorg – ook indien een instelling (nog steeds) aan de gestelde minimumnormen voldoet – op zichzelf niet reeds moreel verwerpelijk? En zou het om die reden niet (toch) genormeerd moeten worden? Ik kom hier later op terug.

3.3 *Waarborgen tegen ongewenste gevolgen voor de structuur van de curatieve zorg*

De afgelopen jaren zijn verschillende maatregelen genomen om de risico’s van de – ook nu reeds optredende – tendens tot concentratievorming te beperken. De regering lijkt echter de risico’s maar ten dele te onderkennen. Ondanks de reeds jarenlang bestaande kritiek op het functioneren van het concentratietoezicht binnen de zorgsector,⁴³ blijven de (echt) noodzakelijke veranderingen ten aanzien van de wijze waarop de beoordeling van concentraties door de Autoriteit Consument & Markt (ACM) in de praktijk geschiedt vooralsnog uit. Tot nu toe zijn alle (circa vijftientig) ziekenhuisfusies door de ACM goedgekeurd, zelfs in gevallen waarin verwacht werd dat deze tot een marktaandeel van meer dan vijftig procent zouden leiden.⁴⁴ Er is een aanvullende zorgspecifieke fusietoets door de

41 F.T. Schut, R. Van Kleef & W. van de Ven, ‘Zorgstelsel spoort nog onvoldoende aan tot goede kwaliteit’, *ESB* 2014(4686), p. 326-329.

42 Zie over het belang van transparantie: G.R.J. de Groot, ‘De schuivende panelen van de zorgverzekering’, in: J.G. Sijmons, T.A.M. van den Ende & G.R.J. de Groot, *Stelsel onder stress* (preadvies VGR), Den Haag: Sdu Uitgevers 2011, p. 215-221.

43 Zie onder andere M. Varkevisser & F.T. Schut, ‘NMa moet strenger zijn bij toetsen ziekenhuisfusies’, *ESB* 93(2008)4532, p. 196-199; M. Canoy & W. Sauter, ‘Zorgfusies en publieke belangen’, *M&M* 2009/2; M. Varkevisser & F.T. Schut, ‘Fusietoetsing in de zorg’, *ESB* 95(2009)4576, p. 22-25; Plomp 2011, p. 429-434; E.M.H. Loozen, M. Varkevisser & F.T. Schut, ‘Beoordeling ziekenhuisfusies door ACM: staat de consument wel echt centraal?’, *M&M* 2014/1, p. 5-14.

44 Denk bijvoorbeeld aan de fusie van het TweeSteden ziekenhuis met het St. Elisabeth Ziekenhuis en de fusie van Ziekenhuis Walcheren met Oosterscheldeziekenhuizen. In het laatste geval ontstond zelf een lokale monopoliepositie.

Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) geïntroduceerd, op basis waarvan de NZa voorafgaand aan de melding van een concentratie waarbij een zorgaanbieder is betrokken bij de ACM (onder andere) nagaat of door de concentratie de continuïteit van cruciale zorg in gevaar komt.⁴⁵ Deze heeft echter uitsluitend betrekking op *cruciale* zorg, *i.e.*, ambulancezorg, spoedeisende hulp, acute verloskunde, crisisonvang GGZ en Wlz-zorg. Doordat de toetsing uitsluitend plaatsvindt op basis van de vooraf door de betrokken zorgaanbieders opgestelde effectrapportage, biedt deze bovendien geen bescherming tegen eventuele latere besluiten om bepaalde vormen van zorg niet langer aan te bieden.⁴⁶ Weliswaar is ook de mogelijkheid gecreëerd om een zorginstelling, indien nodig, te verplichten zich op te splitsen, maar dit is een zodanig vergaande maatregel dat deze niet snel de evenredigheidstoets zal doorstaan.

Zorgverzekeraars lijken – als behartigers van de belangen van verzekerden – de meest aangewezen partij om zich tegen de verdergaande concentratievorming te verzetten, maar blijken dit in de praktijk (vooralsnog) nauwelijks te doen. Naast het belang van een goede samenwerking en langetermijnrelatie met ziekenhuizen speelt hierin mogelijk mee, dat zij op korte termijn voordeel kunnen hebben van ziekenhuisfusies, doordat hierdoor de concentratie van complexe behandelingen – waaraan zij zich in de hoofdlijnenakkoorden hebben gecommitteerd – gemakkelijker kan worden gerealiseerd.⁴⁷ Banken stellen in de praktijk bij de financiering van overnames van ziekenhuizen aanvullende voorwaarden ter beperking van de kredietrisico's, maar hebben ook belang bij het kunnen verstrekken van het krediet en een goede relatie met hun klanten. Doordat zij een (bescheiden) risicopremie kunnen incasseren voor het risico op betalingsonmacht of faillissement, terwijl dit risico – juist bij de heel grote ziekenhuizen – in feite beperkt is, is ook bij hen de prikkel om zich daadwerkelijk te verzetten tegen verdergaande concentratievorming relatief gering.⁴⁸

Zolang de wijze waarop de ACM het concentratietoezicht uitoefent niet wordt aangepast, is het dan ook de vraag of kan worden voorkomen dat er in Nederland (meer) ziekenhuizen ontstaan die zodanig groot zijn of zodanig belangrijk zijn voor (de continuïteit van) het zorgaanbod in een bepaalde regio, dat een faillissement of herstructurering ertoe zou leiden dat de beschikbaarheid, toegankelijkheid of kwaliteit van de zorg niet langer gegarandeerd kunnen worden.

Naar mijn indruk worden met name de risico's van het ontstaan van dergelijke 'systeemziekenhuizen' door de regering onderschat. Voormalig Minister van VWS

45 Wet van 27 november 2013, *Staatsblad* 2013, 522

46 De toegevoegde waarde van de zorgspecifieke fusietoets kan dan ook worden betwijfeld. Vgl. C.T. Dekker & J.G. Sijmons, 'Continuïteit van zorg en zorgspecifieke fusietoetsing', *TvGR* 2013(37)2, p. 136-145.

47 Desondanks hecht de ACM bij de beoordeling van ziekenhuisfusies veel waarde aan het oordeel van zorgverzekeraars. Zie F.T. Schut, E. Loozen & M. Varkevisser, 'Consumentenwelvaart en ziekenhuisfusies', *ESB* 2014(46282S), p. 56-62.

48 Vgl. J. Barneveld, 'Survival of the fattest?', *NJB* 2012/586.

Klink nam in 2008 en 2009 tijdens de debatten in de Tweede Kamer over de noodzaak tot het verlenen van overheidssteun aan de destijds noodlijdende IJsselmeerziekenhuizen de term 'systeemziekenhuizen' al enkele malen in de mond.⁴⁹ De huidige Minister van VWS (Schippers) spreekt echter liever niet (meer) van 'systeemziekenhuizen', om niet de indruk te wekken dat de overheid (nog) bereid is om ziekenhuizen financiële steun te verlenen om hen voor een faillissement te behoeden. In april 2011 gaven de Minister en Staatssecretaris van VWS onomwonden te kennen dat de overheid niet langer bereid is om financiële steun te verlenen aan ziekenhuizen in geval van een (dreigend) faillissement.⁵⁰ Het is in de eerste plaats de verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder zelf om te zorgen voor de continuïteit van zijn zorgverlening, zo maakten zij duidelijk. Daarnaast rust op de zorgverzekeraar een zorgplicht om voor zijn verzekerden de continuïteit van de zorg te waarborgen. Van een zorgverzekeraar wordt verwacht dat hij in de overeenkomsten met zorgaanbieders afspraken maakt over de tijdige signalering van risico's voor de continuïteit van de zorg. Indien deze continuïteit van de zorg in gevaar komt, dient de zorgverzekeraar voor vervangend zorgaanbod voor zijn verzekerden te zorgen. Indien een zorgverzekeraar voorziet dat hij niet meer in staat zal zijn cruciale zorg te leveren, moet hij de NZa daarover informeren. Slechts indien dat niet lukt en sprake is van overmacht, dan zal de overheid een tijdelijke vangnetstichting in het leven roepen om de continuïteit van de *cruciale* zorg te waarborgen. Inmiddels is ook dit beleid nader uitgewerkt in de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg).

De regering lijkt er echter ten onrechte van uit te gaan dat op de overheid alleen een verplichting rust om de toegankelijkheid en beschikbaarheid van *cruciale* zorg – en derhalve niet van andere vormen van noodzakelijke zorg – te waarborgen. Daarnaast kunnen vraagtekens worden geplaatst bij de juistheid van de (impliciete) aanname dat de zorg tijdig kan worden overgenomen door concurrerende ziekenhuizen. Anders dan bijvoorbeeld elektriciteit, gas en drinkwater, is zorg een zeer heterogeen product. Het is dan ook zeer de vraag of omliggende instellingen altijd over voldoende kennis, expertise, capaciteit en mankracht beschikken om de zorgverlening op korte termijn over te nemen.⁵¹ Dit geldt in het bijzonder voor (hoogspecialistische) vormen van zorg die slechts op één of enkele locaties in Nederland (*i.e.*, in een systeemziekenhuis) worden aangeboden. In een dergelijk geval zal het ook voor zorgverzekeraars vrijwel onmogelijk zijn om zelf in de zorg te voorzien. Dit betekent dat, indien dat voor de continuïteit van de zorg (in een bepaalde regio) noodzakelijk is, een zorgverzekeraar veelal uitsluitend zal kunnen interveniëren door ofwel (tijdelijk) financieel deel te nemen in het systeemziekenhuis, ofwel het systeemziekenhuis op een andere wijze financieel te

49 *Kamerstukken II* 2008/09, 27 295, nrs. 117, 123, 124, 126, 127; *Handelingen II* 2008/09, nr. 53

50 *Kamerstukken II* 2010/11, 32 620, nr. 10, p. 6

51 Vgl. ook H. Keuzenkamp, 'Het ziekenhuissysteem', *M&M* 2009(2), p. 72-73; Plomp 2011, p. 477-478.

steunen. Weliswaar zal – volgens de letter van de wet – slechts in uitzonderlijke gevallen financiële steun van de *overheid* nodig zijn,⁵² maar dit laat de in paragraaf 2.2 beschreven risico's grotendeels onverlet. Doordat systeemziekenhuizen er in de meeste gevallen van kunnen uitgaan dat zorgverzekeraars hen – vanwege de wettelijke zorgplicht – te hulp zullen komen, blijven de mogelijkheden om kosten te externaliseren voor hen immers (deels) bestaan. Vanwege de daaruit voortvloeiende voordelen kan het voor (aandeelhouders van) ziekenhuizen zelfs aantrekkelijk zijn om aan te sturen op de vorming van een systeemziekenhuis.⁵³ Daarbij komt dat, anders dan de Minister en Staatssecretaris van VWS suggereren,⁵⁴ de kosten van ingrijpen door zorgverzekeraars – die voornamelijk met inkomensafhankelijke bijdragen, belastingopbrengsten en zorgpremies (en vooralsnog nauwelijks met privaat geld) worden gefinancierd – uiteindelijk (eveneens) grotendeels op de burger worden afgewenteld.

Interventies van de NZa om op te treden tegen aanmerkelijke marktmacht ex artikelen 48 en 49 Wmg zouden tot op zekere hoogte bescherming kunnen bieden tegen ongewenst gedrag van systeemziekenhuizen, maar zijn in beginsel bedoeld om de mededinging te bevorderen en te voorkomen dat de concurrentie wordt verhinderd⁵⁵ en derhalve niet om de gevolgen van ineffectief concentratietoezicht ongedaan te maken. Bovendien is het de vraag in hoeverre deze daadwerkelijk afschrikken. Tot op heden heeft de NZa hiervan slechts in een beperkt aantal gevallen – en bovendien uitsluitend binnen de eerstelijns zorg – gebruik gemaakt.⁵⁶ Het onderzoek dat nodig is om een dergelijke maatregel te kunnen opleggen neemt bovendien – zelfs in het geval van een spoedmaatregel ex art. 49 Wmg – de nodige tijd in beslag.⁵⁷

Het wetsvoorstel dat diende om de mogelijkheden voor *verticale integratie* tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders te beperken⁵⁸ is in december 2014 door de

52 Overigens heeft de overheid de afgelopen jaren meerdere malen ziekenhuizen financieel ondersteund, overheidsgaranties verstrekt en als achterborg gefungeerd voor 8,7 miljard aan leningen via het Waarborgfonds voor de Zorgsector. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 34 000 XVI, nr. 95.

53 Vgl. E. Brewer & J. Jagtiani, *How Much Did Banks Pay to Become Too-Big-to-Fail and to Become Systemetically Important?*, Working paper no. 09-34, Research Department, Federal Reserve Bank of Philadelphia 2009.

54 Brief d.d. 27 april 2011, *Kamerstukken II* 2010/11, 32 620, nr. 10, p. 6.

55 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 19.

56 A. van Veldhuisen e.a., *Ordering en toezicht in de zorg. Evaluatie van de Wet Marktordering Gezondheidszorg (WMG) en de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa)*, Anderson Elffers Felix 2014, bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 25 268, nr. 87.

57 Illustratief in dit kader is de casus van het VUmc, dat in december 2013 een patiëntenstop afkondigde voor transgenderzorg. Hoewel het VUmc (naar eigen zeggen) een marktaandeel van 85% bezat, liet de NZa weten dat zij vanwege nader onderzoek op zijn vroegst medio juni/begin juli 2014 een spoedmaatregel ex art. 49 Wmg zou kunnen opleggen.

58 *Kamerstukken I* 2013/14, 33 362, nr. A.

Eerste Kamer verworpen. Hoewel dit voornamelijk – of zelfs uitsluitend – te maken had met bezwaren tegen het eveneens daarin opgenomen voorstel tot wijziging van art. 13 Zorgverzekeringswet,⁵⁹ heeft de Minister van VWS inmiddels laten weten dat voorlopig geen nieuw wetsvoorstel zal worden ingediend.⁶⁰ Hoewel bij de voorgestelde regeling de nodige kanttekeningen waren te plaatsen,⁶¹ zou het jammer zijn indien de regering ook zou afzien van andere maatregelen om de ‘schijn van belangenverstrengeling’ door een verticaal geïntegreerde zorgverzekeraar-zorgaanbieder weg te nemen, teneinde het *vertrouwen* van de patiënt in het zorgstelsel te bevorderen.⁶² Het belang van het vertrouwen in (de actoren binnen) het zorgstelsel zou mijns inziens een grotere betekenis mogen hebben bij (de voorbereiding en motivering van) de gezondheidsrechtelijke wetgeving⁶³ en – tot op zekere hoogte – ook een rechtvaardiging kunnen vormen voor (andere) maatregelen om belangenverstrengeling tegen te gaan.⁶⁴ In de zorgsector wordt bij ‘belangenverstrengeling’ voornamelijk gedacht aan beïnvloeding van artsen door producenten en verstrekkers van geneesmiddelen, terwijl dit risico in feite – zij het niet altijd in vergelijkbare mate – voor elke vorm van verticale integratie geldt (zie paragraaf 2.2).⁶⁵ Naar analogie van het verbod op deelname van artsen in een apotheek,⁶⁶ zouden bij Amvb uit hoofde van art. 40 lid 4 sub c Wet BIG artsen (en andere beroepsbeoefenaren) ook kunnen worden uitgesloten van deelneming in een zorgonderneming waarin zij niet zelf werkzaam zijn of waarmee zij in een ‘verwijsrelatie’ staan. Als alternatief voor de (relatief vergaande) beperking van de deelnemings- en zeggenschapsrechten in een zorgonderneming voor bepaalde categorieën aandeelhouders, zou kunnen worden gedacht aan een wettelijke meldings- en/of registratieplicht voor de houders van een gekwalificeerde deelneming of een significant percentage van de winst- of stemrechten in een zorgonderneming. Vermoedelijk gaat immers van een grotere transparantie ten aanzien van wederzijdse afhankelijkheden reeds een belangrijk preventief effect uit.⁶⁷

59 *Kamerstukken I* 2014/15, 33 362, nr. O.

60 Brief d.d. 6 februari 2015 ‘Kwaliteit loont’, *Kamerstukken II* 2014/15, 31 765, nr. 116.

61 E. Plomp, ‘Het voorgestelde verbod op verticale integratie tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders’, *TvGR* 2013(6), p. 508-520.

62 *Kamerstukken II* 2011/12, 33 362, nr. 3, p. 5, 12, 17-18. De regering verwacht echter ‘geen problemen’ ten aanzien van de mogelijk tegengestelde belangen van aandeelhouders. Zie *Kamerstukken II* 2014/15, 32 012, nr. 24, p. 60.

63 Vgl. dat ook de financieelrechtelijke wet- en regelgeving voor een belangrijk deel dient ten behoeve van het creëren van vertrouwen in het financiële systeem.

64 Plomp 2011, p. 440-441.

65 Vgl. M.A. Rodwin, *Conflicts of Interest and the Future of Medicine. The United States, France and Japan*, Oxford/New York: Oxford University Press 2011.

66 Art. 11 Besluit Geneesmiddelenwet en art. 40 lid 4 sub c Wet BIG.

67 Vgl. Plomp 2011, p. 445-447. Overigens bestaat reeds een voornemen tot invoering van een centraal aandeelhoudersregister voor (niet-beursgenoteerde) vennootschappen per 2016. Dit zal in beginsel echter niet openbaar toegankelijk worden.

4 Tussenbalans en nadere reflectie

Naar mijn indruk wordt een deel van de hiervoor geschetste knelpunten – in het bijzonder het instrumentele karakter, de gebrekkige afstemming met het privaatrecht en het *low trust*-karakter van de Wet winstuitkering – mede ingegeven, of althans versterkt, door het feit dat de wetgever zich bij het opstellen van de wetteksten voornamelijk heeft laten inspireren door economische theorieën en onderzoeksrapporten. Anders dan de medisch beroepsbeoefenaar, van wie – deels ten onrechte⁶⁸ – wordt aangenomen dat deze zich primair laat leiden door zijn professionele verantwoordelijkheid en beroepsethiek, lijkt (de bestuurder of aandeelhouder van) de zorgonderneming te worden beschouwd als een – voornamelijk op eigenbelang gerichte en rationeel handelende – *homo economicus*. Ook het gebrekkige functioneren van het concentratietoezicht lijkt mede veroorzaakt door het feit dat hierbij econometrische modellen en aannames worden gebruikt die een onvolledige weergave geven van de werkelijkheid⁶⁹ en het feit dat de ACM, vermoedelijk omdat zij (mede daardoor) in het bestaande toetsingskader onvoldoende houvast vindt,⁷⁰ een eigen werkwijze hanteert om het consumentenbelang mee te wegen.⁷¹ Hiermee wil ik niets afdoen aan de economische wetenschap – een vakgebied dat (ook) voor het recht en in het bijzonder het economisch gezondheidsrecht van grote waarde is. Wel wil ik de beperking schetsen die een al te eenzijdige gerichtheid hierop en een tijdens het wetgevingsproces gedeeltelijk uit het oog verliezen van de uitgangspunten van het (gezondheids)recht meebrengen.

De Indiase rechtsfilosoof en econoom Amartya Sen wees enkele decennia geleden reeds op het verschil tussen de *homo economicus*, die de grondslag vormt voor tal van economische theorieën, en de juridische maatman. De economische mens

68 Zie onder andere J. Dwarswaard, M. Hilhorst & M. Trappenburg, 'The Doctor and the Market: About the Influence of Market Reforms on the Professional Medical Ethics of Surgeons and General Practitioners in The Netherlands', *Health Care Analysis* 2011(19):388-402.

69 De aard van de economische wetenschap brengt mee dat tot op zekere hoogte geabstraheerd dient te worden van de bijzondere omstandigheden van het geval en van de irrationele gronden die in de besluitvorming meespelen. Vgl. Plomp 2011, p. 430-431; L. Timmerman, 'Rechtsvinding in een meergelaagd en door crisissen geplaagd ondernemingsrecht', in: P. van Schilfgaarde e.a., *Ondernemingsrecht in tijden van crisis*, Deventer: Kluwer 2014, p. 135-146.

70 Zo stelt de ACM bijvoorbeeld in een aantal besluiten dat de door de NZa voorspelde prijsstijgingen gebaseerd zijn op modellen die 'een stilering van de werkelijkheid zijn' en dat het 'door een gebrek aan empirische studies in Nederland op dit moment niet goed mogelijk is om in te schatten in hoeverre de voorspelde prijsstijgingen zich daadwerkelijk voor zullen gaan doen'. Zie besluit d.d. 2 november 2012 in zaak 7295 (*TweeSteden ziekenhuis – St. Elisabeth Ziekenhuis*).

71 Vgl. Schut, Loozen & Varkevisser 2014.

wordt gedreven door rationaliteit (*rationality*); de juridische maatman laat zich leiden door redelijkheid (*reason*). Een rationeel handelend mens baseert zijn gedrag op logische redenen. Het doel dat hij nastreeft kan variëren tussen een goed doel en een in ethische zin verwerpelijk doel. Volgens Sen is de *homo economicus* verworden tot een rationele egoïstische mens, gericht op zijn eigen financiële belang, ‘close to being a social moron’. Hij houdt geen rekening met de gevolgen van zijn handelen voor derden. Dit brengt mee dat de werkelijke kosten van zijn handelen niet door hem worden gedragen, maar worden geëxternaliseerd. Het begrip redelijkheid heeft daarentegen geen amoreel karakter: redelijk handelen sluit kwade trouw uit. De redelijk handelende mens handelt eveneens rationeel en neemt daarbij ook zijn eigenbelang tot uitgangspunt, maar heeft tevens oog voor de belangen van anderen en voor het algemeen belang. Hij neemt derhalve jegens anderen ten minste bepaalde zorgvuldigheidsnormen in acht.⁷²

Ook vanuit de sociale psychologie en de gedragseconomie worden vraagtekens geplaatst bij het concept van de *homo economicus*. Mensen (onder wie bestuurders, commissarissen en aandeelhouders) handelen immers zelden volkomen rationeel. Zij zijn complexe emotionele wezens, die zich onder andere laten leiden door aspecten als reputatie, eer, integriteit, verantwoordelijkheid en vertrouwen. In die zin past hier dus een realistischer en, in zekere zin, positiever mensbeeld.⁷³ In dit kader is interessant dat – zoals Sen reeds signaleerde – de maatman die Adam Smith voor ogen had veel minder sterk op eigenbelang gericht was dan de *homo economicus* die in de meer recente economische theorieën voorkomt. Zo stelde hij: ‘A man ought to regard himself, not as something separated and detached, but as a citizen of the world, a member of the vast commonwealth of nations... and to the interest of this great community, he ought at all times to be willing that his own little interest be sacrificed.’⁷⁴

Een zekere gerichtheid op eigenbelang behoeft geen probleem te zijn. Smith wees er reeds op dat eigenbelang het algemeen belang kan bevorderen: ‘He intends only his own gain, and he is in this led by an invisible hand to promote an end which was no

72 Zie A. Sen, ‘Rational Fools: A Critique of the Behavioral Foundations of Economic Theory’, *Philosophy & Public Affairs* 1977, p. 317-344; A. Sen, *On Ethics and Economics*, Oxford: Blackwell Publishers 1987. Vgl. ook M.J. Brennan, ‘Incentives, Rationality, and Society’, *Journal of Applied Corporate Finance* 1994(2), p. 31-39; J. Elster, *Reason and rationality*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press 2009; S. Lydenberg, ‘Reason, Rationality, and Fiduciary Duty’, *Journal of Business Ethics*; J.M. de Jongh, *Tussen societas en universitas. De beursvennootschap en haar aandeelhouders in historisch perspectief* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2014, p. 390-395.

73 B.F. Assink, ‘Samenwerking in het bestuur’, in: L. Timmerman e.a., *Samenwerken in het ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 9-37.

74 A. Smith, *The Theory of Moral Sentiments*, Indianapolis: Liberty Fund 1984 [1759], III.3.11.

*part of his intention (...). By pursuing his own interest he frequently promotes that of the society more effectually than when he really intends to promote it.*⁷⁵ Volgens Smith is het algemeen belang een optimale behoeftenbevrediging volgens eisen van gerechtigheid. Het algemeen belang is dus niet een optelsom van eigenbelangen, maar kan alleen gerealiseerd worden door een *evenwicht* van (groepsbepaalde) eigenbelangen. Dit past ook bij het mensbeeld van Smith, dat meer omvattend is dan alleen die aspecten, die vanuit de maatschappelijke utiliteit relevant zijn.⁷⁶ De kredietcrisis heeft echter laten zien dat het te sterk hechten aan economische theorieën die uitgaan van de *homo economicus* schadelijke gevolgen kan hebben. Dit wordt enerzijds veroorzaakt doordat de *homo economicus* geen rekening houdt met de gevolgen van zijn handelen voor derden en zijn eigen (kortetermijn)belang verkiest boven het algemeen belang,⁷⁷ maar anderzijds ook door het gebrek aan vertrouwen van de maatschappij in (de actoren op) de markt. Veelal is daarbij sprake van een wisselwerking, in die zin dat *low trust* en de focus op eigenbelang elkaar wederzijds versterken. Wanneer kosten worden geëxternaliseerd, kan het vertrouwen van de maatschappij worden bedreigd. In een – al dan niet mede door wetgeving gecreëerde – *low trust*-omgeving zal de gemiddelde persoon zich meer op eigenbelang richten en minder bereid zijn dit eigenbelang opzij te zetten ten gunste van het collectieve of algemeen belang dan in een *high trust*-omgeving.⁷⁸ Aannemelijk lijkt dat dit ook binnen de zorgonderneming geldt: naarmate hier meer een *homo economicus* (en derhalve minder een redelijke mens) wordt verondersteld, zal egoïstisch gedrag ook vaker voorkomen. Naarmate bestuurders en aandeelhouders zich meer redelijk (worden geacht te) gedragen, krijgen andere waarden binnen de zorgonderneming meer aandacht.⁷⁹

Wat betekent dit nu voor het onderwerp van dit preadvies? Publiekrechtelijke wet- en regelgeving kan een nuttige functie hebben in het voorkomen of beperken van externe kosten. Belangrijk is echter dat in de mate en gedetailleerdheid van de regulering een juiste balans wordt gevonden. Enerzijds kan overregulering meebrengen dat een *low trust*-omgeving wordt gecreëerd, waarin (bestuurders van) zorginstellingen niet alleen als *homines economici* worden beschouwd maar zich ook daadwerkelijk zo gaan gedragen, wat het vertrouwen in deze instellingen (verder) schaadt. Anderzijds schiet de publiekrechtelijke wetgeving

75 A. Smith, *Wealth of Nations*, London: Everyman 1976 [1776], IV, II, 9.

76 G. Manenschijn, *Moraal en eigenbelang bij Thomas Hobbes en Adam Smith* (diss. Amsterdam VU), Amsterdam: Rodopi 1979, p. 292-293.

77 G.C. Clark, 'Myopia and the Global Financial Crisis: Context-specific Reasoning, Market Structure and Institutional Governance', *Dialogues in Human Geography* 2011(1), p. 4-25.

78 De Jongh 2014, p. 393-395; G.T.M.J. Raaijmakers, 'De financiële markt en het ondernemingsrecht' (oratie VU Amsterdam), *Ondernemingsrecht* 2009/104.

79 Vgl. P.D. Jacobsen & S. Keskar Mathur, 'Health Law 2010: It's Not All About the Money', *American Journal of Law & Medicine* 2010(3/4), p. 389-404.

in sommige gevallen tekort in de gewenste bescherming, doordat de wet- en regelgeving onvoldoende rekening houdt met de verschillen tussen verschillende typen zorg en doordat bepaalde aspecten van de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg voor zorgverzekeraars en toezichthouders moeilijk te observeren zijn (*i.e.*, onvoldoende transparant zijn). Uit het voorgaande blijkt dat er met name voor systeemziekenhuizen nog diverse mogelijkheden bestaan om kosten te externaliseren. Meer differentiatie in de publiekrechtelijke wetgeving kan een (gedeeltelijke) verbetering bieden,⁸⁰ maar kent ook nadelen. In een complexe en zich snel ontwikkelende sector als de zorgsector bestaat het risico dat de publiekrechtelijke wet- en regelgeving de ontwikkelingen in de praktijk niet kan bijhouden en als het ware voortdurend achter de feiten aanloopt. Om te voorkomen dat (ook) de introductie van winstoogmerk de komende jaren aanleiding zal geven tot een ‘incident-regel-reflex’, zou het nuttig kunnen zijn meer aandacht te hebben voor de mogelijkheden die het privaatrecht (reeds) biedt. Het privaatrecht kan een ‘corrigerende’ werking hebben, in die zin dat de *homo economicus* minder en de redelijke mens meer centraal komt te staan. De open normen uit het privaatrecht vormen de basis voor een billijke afweging van belangen, waarbij rekening wordt gehouden met de bijzondere omstandigheden van het geval. In de eerste plaats vervult het vennootschaps- en ondernemingsrecht hier een belangrijke functie. Daarnaast kan ook het aansprakelijkheidsrecht door de ontwikkeling van zorgvuldigheidsnormen en zorgplichten een nuttige aanvulling vormen.

Uiteraard is het privaatrecht niet zonder meer geschikt voor het veiligstellen van publieke belangen. Elk individu en elke individuele instelling levert slechts een bijdrage aan het (totale) publieke belang en overziet niet het geheel. Het is in de eerste plaats de overheid die kan (en moet) bepalen tot op welk niveau publieke belangen moeten worden gerealiseerd. Bepaalde publieke belangen zijn zodanig gewichtig, dat de overheid deze niet (alleen) aan interne regulering wil of kan overlaten. In sommige gevallen leidt privaatrechtelijke regulering niet tot het niveau van bescherming dat vanuit het oogpunt van de publieke belangen wenselijk wordt geacht of is publiekrechtelijke regulering effectiever. Ook de rechtszekerheid kan een belangrijke reden zijn om voor publiekrechtelijke regulering te kiezen.⁸¹ In een stelsel van gereguleerde marktwerking dient het privaatrecht

80 Plomp, Schut & Varkevisser 2013.

81 Zie onder andere J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie & compromis. Recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer: Kluwer 2007, p. 111-128; A.H. Scheltema & M. Scheltema, *Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht. Noodzakelijke veranderingen na de crisis* (preadvies Vereniging voor Effectenrecht), Deventer: Kluwer 2009, p. 19-20 en 52-53; Plomp 2011, p. 508-509; T. Hartlief, ‘Privaatrecht in nood. Over de beperkte betekenis van het privaatrecht bij rampen en crises en een rechtsgebied onder toenemende druk van het publiekrecht’, in: E.R. Muller e.a., *Crisis, rampen en recht* (preadvies), Handelingen NJV / 2014-1, Deventer: Kluwer 2014, p. 65-194.

mijns inziens primair ter *ondersteuning* van de markt, waarmee het derhalve slechts *indirect* kan bijdragen aan de publieke belangen. Het kan slechts goed zijn werk doen indien het publiekrechtelijke kader randvoorwaarden stelt, die de belangrijkste externaliteiten wegnemen. In de literatuur wordt door sommigen, onder wie Adam Smith, in dit kader vooral de beschermende functie van het (privaat)recht in relatie tot de markt benadrukt. Essentieel is hierbij het creëren van *vertrouwen* in de regelmatige handhaving van recht (*administration of justice*). Anderen, waaronder Max Weber, noemen vooral de handhavingsfunctie van het privaatrecht. Het recht dient hier vooral als voorwaarde of als kader voor de marktordening. Interessant is ook de visie van Tjong Tjin Tai, die betoogt dat het recht de markt beschermt, maar omgekeerd ook de markt vormt. Het privaatrecht gaat volgens hem uit van een eigen ideaal van de markt, dat niet door strikte handhaving van normconform gedrag gestimuleerd wordt, maar door prikkels en door facilitering van correct gedrag.⁸²

In de volgende paragrafen zal ik nader verkennen welke betekenis de open normen van het vennootschappelijk belang, de vennootschapsrechtelijke redelijkheid en billijkheid, de behoorlijke taakvervulling en de civielrechtelijke zorgplichten kunnen hebben voor de bescherming van de belangen van patiënten en de publieke belangen die de zorgonderneming dient.⁸³ Ik richt mij daarbij vooral op de bescherming tegen de hiervoor gesignaleerde risico's van verdere concentratievorming en bedreigingen voor de continuïteit en toegankelijkheid van de zorg.

5 De zorgonderneming vanuit vennootschapsrechtelijk perspectief

5.1 Verhoudingen en belangen binnen de zorgonderneming

In het Nederlandse vennootschapsrecht is getracht om binnen de NV/BV een zekere machtsbalans te creëren tussen enerzijds het bestuur en anderzijds de verschaffers van risicodragend kapitaal. Het bestuur is belast met het besturen van de vennootschap, waaronder naast het dagelijks beleid ook het bepalen van de strategie valt; de raad van commissarissen houdt daarop toezicht en aan de algemene vergadering komen, binnen de door de wet en de statuten gestelde grenzen, alle bevoegdheden toe die niet aan het bestuur of aan anderen zijn toegekend. Het bestuur van een NV is in beginsel niet verplicht is om de instructies van de algemene vergadering of van een of meer individuele aandeelhouders op te vol-

82 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Markt en privaatrecht', *WPNR* 2010/6843.

83 Vanwege het beperkte bestek van deze bijdrage blijven andere mogelijkheden die het privaatrecht biedt om externaliteiten te beperken, zoals door de keuze voor het structuurregime, een goede governancestructuur of het gebruik van beschermingsmaatregelen buiten beschouwing.

gen.⁸⁴ Indien in de statuten van een BV aan de algemene vergadering de bevoegdheid is toegekend om concrete, bindende instructies te geven, is het bestuur daaraan wel gehouden, tenzij deze in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. Het goedkeuringsrecht van de algemene vergadering met betrekking tot bestuursbesluiten is beperkt tot de gevallen waarin daarvoor een wettelijke of statutaire basis bestaat.⁸⁵ Op andere bestuursbesluiten kan de algemene vergadering in beginsel hooguit op *indirecte* wijze invloed uitoefenen door (i) het bestuur te overtuigen een andere koers te varen; (ii) bestuurders te vervangen; of (iii) te trachten de rechter te laten interveniëren.⁸⁶

Het bestuur en de raad van commissarissen dienen zich bij de vervulling van hun taken in beginsel steeds naar het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming te richten en de belangen van alle betrokkenen bij hun besluitvorming in aanmerking te nemen (artikelen 2:129/239 lid 5, 2:140/250 lid 2 BW en 2:8 BW).⁸⁷ Elke bestuurder is tegenover de rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke taakvervulling en behoorlijk bestuur (art. 2:9 BW). Indien er gegronde redenen zijn om aan een juist beleid te twijfelen, kan de Ondernemingskamer een enquête gelasten (art. 2:345 jo. 2:350 BW).⁸⁸ Aandeelhouders mogen zich in beginsel richten op hun eigenbelang,⁸⁹ maar zijn ook gebonden aan de wet, de statuten en een eventueel bestaande aandeelhoudersovereenkomst. Dit brengt onder andere mee dat ook de algemene vergadering een recht niet op zodanige wijze mag uitoefenen dat dit ontaardt in misbruik van recht als bedoeld in art. 3:13 BW en is gebonden aan de norm van de redelijkheid en billijkheid die voortvloeit uit art. 2:8 BW.

In de volgende paragrafen zal ik nader ingaan op de betekenis van het vennootschappelijk belang, de redelijkheid en billijkheid en de behoorlijke taakvervulling binnen de zorgonderneming. Opgemerkt moet worden dat deze begrippen sterk

84 Zie onder andere HR 13 juli 2007, NJ 2007/434 (*ABN AMRO*); HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (*ASMI I*); HR 4 april 2014, NJ 2014/286 (*Roovers/Cancun Holding I*).

85 Zie HR 13 juli 2007, NJ 2007/434 (*ABN AMRO*), r.o. 4.3 en 4.4; en HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (*ASMI I*), r.o. 4.4.1. Zie in vergelijkbare zin reeds HR 21 februari 2003, NJ 2003/182 (*HBG/VEB*), r.o. 6.4.2.

86 B.F. Assink, 'Facetten van verantwoordelijkheid in hedendaags ondernemingsbestuur', in: B.F. Assink & D.A.M.H.W. Strik, *Ondernemingsbestuur en risicobeheersing op de drempel van een nieuw decennium: een ondernemingsrechtelijke analyse* (preadvies Vereniging 'Handelsrecht'), Deventer: Kluwer 2009, p. 1-195.

87 Zie onder andere HR 13 juli 2007, NJ 2007/434 (*ABN AMRO*); HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 (*ASMI I*).

88 Voor zorginstellingen met de rechtsvorm van een NV/BV geldt op grond van art. 2.2.3 ZGC 2010 de verplichting om aan een orgaan dat de patiënten vertegenwoordigt het enquêterecht toe te kennen.

89 Zie de arresten HR 30 juni 1944, NJ 1944/465 (*Wennex*); HR 13 november 1959, NJ 1960/472 (*Melchers*); HR 19 februari 1960, NJ 1960/473 (*Aurora*).

met elkaar verweven zijn en dat de grenzen niet altijd scherp zijn te trekken. Beoogd wordt echter vooral een indruk te geven van de werking van het systeem van open normen volgens de recente rechtspraak en van de wijze waarop deze een bijdrage kunnen leveren aan het tegengaan van externaliteiten.

5.2 *Vennootschappelijk belang*

In de literatuur bestaan verschillende opvattingen over de inhoud van het begrip ‘vennootschappelijk belang’. Volgens de holistische leer staat de continuïteit van de vennootschap centraal en heeft de vennootschap een eigenbelang dat, waar nodig, dient te worden afgewogen tegen de belangen van andere bij de vennootschap betrokkenen. Maeijer, aanhanger van deze holistische leer, definieert het vennootschappelijk belang als ‘het belang dat de vennootschap heeft bij haar eigen gezonde bestaan, uitgroei en voortbestaan met het oog op het door haar te bereiken doel’.⁹⁰ Hoewel hij aanneemt dat de vennootschap bij haar handelen wel rekening behoort te houden met het algemeen belang, is dit naar zijn mening geen onderdeel van het vennootschappelijk belang.⁹¹ Volgens de resultanteleer, bepleit door Van der Grinten,⁹² is het vennootschappelijk belang niet een eigen en te onderscheiden belang, maar is het gelijk aan ‘de resultante van afweging van de belangen van hen die bij de vennootschappelijke werkzaamheden zijn betrokken’. Aan de hand van de omstandigheden van het geval wordt bepaald welk deelbelang in het concrete geval vooropgesteld wordt. Van der Grinten rekent tot de betrokken belangen niet alleen de belangen van bestuurders, (interne) toezichthouders, aandeelhouders en werknemers, maar ook die van crediteuren, leveranciers en afnemers. In deze visie zouden daartoe bij een zorgonderneming wellicht ook de belangen van patiënten kunnen worden gerekend. Opgemerkt moet echter worden dat (de meeste) andere aanhangers van de resultanteleer uitgaan van een beperktere reikwijdte.⁹³

Van Ginneken en Timmerman hebben de opvattingen van Maeijer en Van der Grinten gecombineerd. Zij menen – geïnspireerd door de Engelse ‘*enlightened shareholder value*’-benadering – dat het vennootschappelijk belang neerkomt op ‘het

90 J.M.M. Maeijer, ‘Het belangenconflict in de naamloze vennootschap’ (oratie Nijmegen 1964), in: C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen en G. van Solinge (red.), *Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer*, Deventer: Kluwer 2009, p. 144.

91 J.M.M. Maeijer, *Privatisering. Nadere verkenning van een al te gemakkelijk ingeslagen weg* (afscheidscollege Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 14.

92 E.J.J. van der Heijden, W.C.L. van der Grinten, *Handboek voor naamloze en besloten vennootschap, bewerkt door P.J. Dortmund*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 231. Vgl. ook Asser/Maeijer/Van Solinge/Nieuwe Weme 2-II*, 2009, nr. 395; P. van Schilf-gaarde, *Van de BV en de NV, bewerkt door J.W. Winter en J.B. Wezeman*, Kluwer: Deventer 2013, nr. 4.

93 Zie A.J.A.J. Eijsbouts, ‘Elementaire beginselen van maatschappelijk verantwoord ondernemerschap’, in: A.J.A.J. Eijsbouts e.a., *Maatschappelijk verantwoord ondernemen* (preadviezen), Handelingen NJV/2010-1, Deventer: Kluwer 2010, p. 70-71.

creëren van lange termijn aandeelhouderswaarde, zoals vastgelegd in het beleid en de strategie, waarbij alle betrokken belangen worden afgewogen'. Hierin geldt een verplichting om met andere belangen dan die van de aandeelhouders rekening te houden, maar die andere belangen hebben minder zelfstandige betekenis dan het aandeelhoudersbelang.⁹⁴ Een vergelijkbare benadering valt ook te lezen in de Nederlandse Corporate Governance Code (NCGC)⁹⁵ en in de jurisprudentie van de Ondernemingskamer, die – althans in de jaren voorafgaand aan de kredietcrisis – steeds meer open leek te staan voor Anglo-Amerikaanse invloeden.⁹⁶ Het uitgangspunt dat aan deze benadering ten grondslag ligt is dat aandeelhouderswaarde op de lange termijn bevorderd wordt door het bevorderen van het langetermijnvoortbestaan van de onderneming.⁹⁷

De rechtspraak van de Hoge Raad is op dit punt niet eenduidig. Enkele jaren geleden leek de Hoge Raad uitdrukkelijk afstand te nemen van de meer op aandeelhouderswaarde gerichte benadering van de Ondernemingskamer. Zo stelde hij dat het bij het vennootschappelijk belang vooral gaat om 'het belang van alle betrokkenen bij de vennootschap op lange termijn' en bevestigde hij dat 'bestuurders bij de vervulling van hun taak, mede op grond van art. 2:8 BW, zorgvuldigheid dienen te betrachten met betrekking tot de belangen van al degenen die bij de vennootschap en bij de onderneming zijn betrokken'.⁹⁸ In een recente uitspraak verduidelijkte hij dat '[i]ndien aan de vennootschap een onderneming is verbonden, het vennootschapsbelang in de regel vooral [wordt] bepaald door het bevorderen van het bestendige succes van deze onderneming'.⁹⁹ In deze uitspraak krijgt echter ook het aandeelhoudersbelang een sterk accent, doordat wordt geoordeeld dat het bestuur een bijzondere zorgplicht jegens de aandeelhouders (van een *joint venture*) heeft. Hoewel sommigen menen dat ook de Hoge Raad tegenwoordig meer neigt naar een op aandeelhouderswaarde gerichte benadering, menen anderen dat in de (recente) jurisprudentie juist een voorkeur voor de holistische leer van Maeijer of de resultanteleer valt te lezen.¹⁰⁰

94 L. Timmerman, 'Grondslagen van geldend ondernemingsrecht' (oratie Rotterdam), *Ondernemingsrecht* 2009/2 (Timmerman 2009a); M.J. van Ginneken & L. Timmerman, 'De betekenis van het evenredigheidsbeginsel', *Ondernemingsrecht* 2011/123.

95 Monitoring Commissie Corporate Governance Code 2008, preambule nrs. 7 en 8.

96 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 3 mei 2007, *JOR* 2007/6 (ABN AMRO)..

97 L. Timmerman, 'Vrijheid alleen is niet genoeg, een reactie', *Ondernemingsrecht* 2009(1), nr. 6.

98 HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544 (*ASMI I*), r.o. 4.4.2; HR 12 juli 2013, *NJ* 2013/461 (*VEB/KLM*).

99 HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (*Roovers/Cancun Holding I*).

100 Vgl. M. Mendel & W.J. Oostwouder, 'Het vennootschappelijk belang na recente uitspraken van de Hoge Raad', *NJB* 2013/1776; F.A.M. Tol, 'De inkleuring van het vennootschappelijk belang', *V&O* 2014(9), p. 129-132; P. van Schilfgaarde in zijn noot bij HR 4 april 2014, *NJ* 2014/286 (*Roovers/Cancun Holding I*).

In de parlementaire stukken met betrekking tot de Wet winstuitkering wordt nergens expliciet ingegaan op de betekenis van het vennootschappelijk belang. Niettemin valt hierin, als ik het goed zie, de door Van Ginneken en Timmerman bepleite benadering te herkennen. Zo wordt meerdere malen het belang van de ‘langetermijnwaarde van de zorgaanbieder’ benadrukt en wordt gesteld dat een ‘investeringsstrategie gericht op waardevermeerdering (...) tevens in het belang van de zorginstelling zelf [is]’.¹⁰¹ De (impliciete) keuze voor het streven naar langetermijnaandeelhouderswaarde als richtsnoer is enigszins opmerkelijk, omdat juist deze benadering minder geschikt lijkt voor (grote) zorgondernemingen. Sturing op aandeelhouderswaarde kan immers een bron van externaliteiten worden, doordat de belangen van andere betrokkenen hier ondergeschikt zijn aan die van aandeelhouders of in elk geval wordt verondersteld dat deze door de sturing op aandeelhouderswaarde voldoende in aanmerking zijn genomen.¹⁰² De Kluiver meent – mijns inziens terecht – dat juist het aantrekkelijke van het vennootschappelijk belang (in zijn traditionele betekenis) is dat daarmee primair vanuit het perspectief van de onderneming en haar maatschappelijke rol en functie wordt geoordeeld.¹⁰³

Opgemerkt moet worden dat de verschillen tussen de verschillende benaderingen in de praktijk worden gemitigeerd, doordat de invulling van het vennootschappelijk belang afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Bij kleine vennootschappen met een beperkt aantal aandeelhouders ligt het in beginsel dicht bij het belang van de aandeelhouders dan bij een grote vennootschap met veel werknemers, meer omvangrijke economische activiteiten en grote maatschappelijke belangen.¹⁰⁴ Doordat bij een grotere onderneming meer belanghebbenden betrokken zijn, is de kans op belangenconflicten tussen aandeelhouders onderling en tussen aandeelhouders en bijvoorbeeld crediteuren of werknemers daar groter.¹⁰⁵ In het algemeen zullen de belangen van andere stakeholders in het laatste geval een relatief zwaarder gewicht krijgen.¹⁰⁶ Dit betekent dat het vennootschappelijk belang bij een ZBC of klein ziekenhuis in beginsel dicht bij het belang van de aandeelhouders ligt dan bij een groot (systeem)ziekenhuis.

Op basis van de rechtspraak tot nu toe lijkt niet aannemelijk dat in het geval van een zorgonderneming de belangen van patiënten of de publieke belangen onder-

101 *Kamerstukken II* 2014/15, 33 168, nr. C (MvA), p. 48.

102 Vgl. De Jongh 2014, p. 399-406.

103 H.J. de Kluiver, ‘Vennootschappelijke repliek op Timmerman’s grondslagen’, *Ondernemingsrecht* 2009/4.

104 *Kamerstukken II* 2006/07, 31 058, nr. 3, p. 3 (MvT bij Wet Flex-BV).

105 De Kluiver 2009; B.F. Assink, *De Januskop van het ondernemingsrecht, over facilitering en regulering van ondernemerschap* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 2010, p. 40; De Jongh 2014, p. 476.

106 Van der Heijden/Van der Grinten/Dortmond 2013, nr. 231.

deel zijn van het vennootschappelijk belang. Dit neemt echter niet weg dat indien het bestuur zich richt naar het vennootschappelijk belang, dit veelal *indirect* ook de belangen van patiënten en de publieke belangen ten goede komt.¹⁰⁷ Het bestuur zal met een beroep op het vennootschappelijk belang weerstand kunnen bieden tegen de druk van aandeelhouders om besluiten te nemen die niet in het belang van de zorgonderneming en de daarbij (direct) betrokkenen zijn. Het ‘bestendige succes’ van een zorgonderneming zal in veel gevallen mede inhouden – of althans gepaard gaan met – goede zorg en continuïteit van zorg. Vanzelfsprekend lopen deze belangen niet volledig parallel. Zo zijn de betaalbaarheid en de kwaliteit van de zorg (op langere termijn) in beginsel niet gediend met het voortbestaan van slecht presterende ziekenhuizen.¹⁰⁸ Belangrijk is echter op te merken dat ook de verschillende publieke belangen onderling kunnen conflicteren¹⁰⁹ en dat niet vereist is dat elke individuele instelling in gelijke mate bijdraagt aan elk afzonderlijk publiek belang.¹¹⁰

5.3 Redelijkheid en billijkheid

In het vennootschapsrecht zijn de redelijkheid en billijkheid, naast de traditionele interpreterende, aanvullende en corrigerende functies, steeds meer een gedragsregulerende functie gaan vervullen.¹¹¹ Voor aandeelhouders brengt de norm van art. 2:8 lid 1 BW mee, dat zij – onder andere bij het uitoefenen van stemrechten en bij het nemen van besluiten ten aanzien van winstuitkeringen – hun eigenbelang dienen af te wegen tegen het belang van de vennootschap en de belangen van de (andere) daarbij betrokken personen.¹¹² De mate waarin zij dat moeten doen is in beginsel beperkter dan voor het bestuur en de raad van commissarissen geldt. Aangenomen wordt dat aandeelhouders de belangen van de andere bij de vennootschap betrokkenen (in elk geval) dienen te ontzien als deze anders oneven-

107 Vgl. in dit kader Adam Smith (paragraaf 4).

108 Vgl. M.C.W. Janssen, K. Schep & J. van Sinderen, ‘Over het borgen van publieke belangen in de zorg: De rol van markten en toezicht’, in: E. van Damme & M.P. Schinkel (red.), *Marktwerking en publieke belangen* (preadviezen KVS), Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 179-199.

109 Zo kan het voortbestaan van een slecht presterend ziekenhuis in sommige gevallen wel in het belang van de toegankelijkheid en continuïteit van zorg zijn.

110 Overigens is ook voor een zorgonderneming haar voortbestaan niet in alle gevallen te prefereren en daarom nooit een doel op zich.

111 J.M. de Jongh, ‘Redelijkheid en billijkheid en het evenredigheidsbeginsel, in het bijzonder in de verhouding van aandeelhouders tot bestuur’, *Ondernemingsrecht* 2011/124.

112 Zie onder andere Hof Amsterdam (OK) 11 maart 1999, *JOR* 1999/89 (*Breevast*); Hof Amsterdam (OK) 3 maart 1999, *JOR* 1999/87 (*Gucci I*); Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, *JOR* 2010/189 (*PCM*); Hof Amsterdam (OK) 6 juni 2011, *JOR* 2011/282, (*Jeezet/Synpact*).

redig zouden worden geschaad.¹¹³ Verdedigbaar is echter dat van aandeelhouders van *zorginstellingen* een hogere mate van zorg jegens de vennootschap kan worden gevergd dan van aandeelhouders van ondernemingen zonder maatschappelijke doelstelling.¹¹⁴ Aannemelijk is verder dat de verantwoordelijkheid die van aandeelhouders kan worden verwacht in het algemeen groter is bij grote (systeem)ziekenhuizen met een belangrijke maatschappelijke functie dan bij kleine ziekenhuizen of ZBC's, die voor de continuïteit van de zorg in een bepaalde regio minder van belang zijn.

Ook aspecten die de invloed en hoedanigheid van de aandeelhouder betreffen zijn van belang. Aandeelhouders die een *substantieel belang* in de vennootschap houden en over een doorslaggevend percentage stemrechten beschikken of door aanwending van hun feitelijke macht over het bestuur of door gebruikmaking van een instructierecht een hoge mate van controle uitoefenen over het beleid van de vennootschap dienen in beginsel in sterkere mate rekening te houden met de belangen van de vennootschap en andere betrokkenen.¹¹⁵ Uit de jurisprudentie blijkt voorts dat de mogelijkheid tot *belangenverstrengeling* onder omstandigheden aanleiding kan geven tot een bijzondere zorgplicht van een aandeelhouder jegens mede-aandeelhouders om ontoelaatbare belangenverstrengeling te voorkomen.¹¹⁶ Mogelijk kan dit laatste ook bescherming bieden tegen de in paragraaf 2.2 genoemde risico's van verticale integratie, in die zin dat op aandeelhouders die in een bijzondere relatie tot de zorgonderneming staan een verdergaande verplichting rust om rekening te houden met de belangen van andere aandeelhouders (en daarmee indirect ook van de zorgonderneming) dan op aandeelhouders die op grotere afstand van de zorgonderneming staan.

Indien het bestuur (of de raad van commissarissen) van een zorgonderneming van mening is dat de algemene vergadering bij een aandeelhoudersbesluit onvoldoende rekening heeft gehouden met de belangen van de zorgonderneming, kan hij op grond van art. 2:15 BW vernietiging van dit besluit vorderen. Daarnaast kan het bestuur (of de raad van commissarissen) sinds 1 januari 2013 namens de zorgonderneming een enquête verzoeken naar het gedrag van aandeelhouders (binnen of buiten de vergadering). Daarbij kunnen ook onmiddellijke voorzienin-

113 De Jongh 2011; Van Schilfgaarde/Winter/Wezeman 2013, nr. 67; J. Barneveld, *Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2014, p. 412.

114 Vgl. Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, *JOR* 2010/189 (*PCM*), r.o. 3.16, waar sprake was van een uitgeverij. Vgl. ook Assink 2009, p. 109-110.

115 Zie bijvoorbeeld Assink 2009, p. 107; De Jongh 2011; Barneveld 2014, p. 412-413.

116 Zie bijvoorbeeld HR 1 maart 2002, *JOR* 2002/79 (*Zwagerman Beheer*); Hof Amsterdam (OK) 17 december 2007, *JOR* 2008/35 (*De Bruin/De Hasker*), r.o. 3.4.

gen, zoals opschorting van het stemrecht, worden verzocht.¹¹⁷ Het mogelijk ingrijpen door de Ondernemingskamer zal waarschijnlijk een prikkel geven dat aandeelhouders de norm van redelijkheid en billijkheid daadwerkelijk in acht te nemen.

Hoewel art. 2:8 BW primair is gericht tot de organen van de vennootschap, wordt in de literatuur door sommigen bepleit dat het bestuur van een NV/BV op grond van deze bepaling, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, een zekere mate van zorg jegens anderen die zich in de nabijheid van de vennootschap bevinden in acht dient te nemen.¹¹⁸ Naar mijn mening verdient een dergelijke verruiming van het toepassingsbereik van art. 2:8 BW ondersteuning, zeker ten aanzien van ondernemingen met een belangrijke maatschappelijke functie, zoals (systeem)ziekenhuizen.¹¹⁹ In de rechtspraak kunnen tot nu toe enkele voorbeelden worden gevonden waarin een ruimere kring van betrokkenen is aangenomen,¹²⁰ maar vooralsnog onvoldoende om aan te nemen dat daartoe in het geval van een zorgonderneming ook patiënten kunnen worden gerekend. Een door patiënten ingestelde vordering ex art. 2:15 BW tot vernietiging van een bestuursbesluit of een aandeelhoudersbesluit wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid zal naar geldend recht vermoedelijk dan ook niet slagen.¹²¹ Onder verwijzing naar het Nimox-arrest,¹²² lijkt wel verdedigbaar dat patiënten in bepaalde gevallen een actie uit onrechtmatige daad zouden kunnen instellen, wanneer zij schade onder vinden van onredelijke gedragingen van bestuurders of aandeelhouders. In paragraaf 6 ga ik hier verder op in.

5.4 Behoorlijke taakvervulling

Op grond van art. 2:9 BW is elke bestuurder in algemene zin jegens de zorgonderneming gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen

117 In geval van een financiële noodtoestand kan de Ondernemingskamer zelfs tegen de zin van een meerderheidsaandeelhouder een aandelenuitgifte mogelijk maken. Zie HR 9 oktober 2001, *NJ* 2002/92 (*Skygate*) en HR 25 februari 2011, *NJ* 2011/335 (*Inter Access*).

118 Zie onder andere Timmerman 2009a en De Kluiver 2009.

119 Zie reeds Plomp 2011, p. 328.

120 Zie Hof Amsterdam (OK) 27 mei 2010, *JOR* 2010/189 (*PCM*); Hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *JOR* 2013/41 (*VEB/Ageas*) en HR 6 december 2013, *JOR* 2014/65 (*Ageas/VEB*).

121 Mogelijk is dit laatste overigens anders wanneer de vordering wordt ingesteld door de cliëntenraad, althans voor zover daaraan een rol is toegekend in de governancestructuur van de zorgonderneming.

122 HR 8 november 1991, *NJ* 1992/174 (*Nimox*), waarin een grootaandeelhouder aansprakelijk werd gehouden jegens crediteuren voor een dividenduitkering waardoor de vennootschap haar verplichtingen jegens de crediteuren niet meer kon nakomen.

taak. Daarbij dient als maatstaf wat van een nauwgezet en voor zijn taak berekende bestuurder mag worden verwacht. Handelen in strijd met de wet of statuten of in strijd met ongeschreven beginselen van verantwoord ondernemerschap kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid (ex art. 2:9 of art. 2:138/248 BW), mits sprake is van ernstige verwijtbaarheid. Of hiervan sprake is, is afhankelijk van alle omstandigheden van het geval.¹²³ De eis van een behoorlijke taakvervulling en behoorlijk bestuur omvat derhalve aanzienlijk meer dan alleen het voldoen aan de vereisten met betrekking tot het vennootschappelijk belang en de redelijkheid en billijkheid. In dit kader is vooral van belang dat hieruit voor de bestuurders van een zorgonderneming ook een belangrijke verantwoordelijkheid voortvloeit op het gebied van de beheersing van (financiële en andere) risico's en dat de behoorlijke taakvervulling mede wordt ingekleurd door de maatschappelijke aspecten van ondernemen.

Eén van de weinige uitspraken die illustreert hoe de taakvervulling door het bestuur van een zorgonderneming dient te geschieden is de beschikking van de Ondernemingskamer naar aanleiding van een verzoek van de ondernemingsraad van Fundis Holding B.V. (een aanbieder van AWBZ-zorg en Wmo-zorg) om ontbinding van het bestuursbesluit om met een (deels in aandelenkapitaal om te zetten) achtergestelde lening te participeren in het – in financiële moeilijkheden verkerende – LangeLand Ziekenhuis (LLZ).¹²⁴ De Ondernemingskamer stelt hierin voorop dat het aan het bestuur is om de eventuele strategische, commerciële of bedrijfseconomische redenen voor een besluit om in een andere zorgonderneming te participeren en de bijbehorende financiële risico's te inventariseren en te beoordelen. Dit neemt echter niet weg dat het bestuur de belangen van de onderneming en haar stakeholders in zijn besluitvorming dient te betrekken en een afweging dient te maken van de beweegredenen voor, en de voor de onderneming te verwachten gevolgen van het voorgenomen besluit. Daarbij dient het bestuur ook aandacht te hebben voor de omstandigheden waaronder de participatie tot stand komt, waaronder *in casu* het feit dat het LLZ in financiële problemen verkeerde. Interessant is dat de Ondernemingskamer daaraan ook een overweging van meer algemene aard verbindt, door in haar oordeel te betrekken dat 'zorginstellingen opereren in een economisch onzeker tijdsgewricht en (...) voor een belangrijk deel van hun bedrijfsvoering afhankelijk zijn van door het politieke veld gemaakte keuzes en bepaalde waarden', aangezien '(ook) het beleid van het huidige kabinet evenals dat van de zorgverzekeraars erop [is] gericht om de zorgkosten in te dammen althans te beheersen en (...) er niet van [kan] worden uitgegaan dat een geprognosticeerde omzetgroei vanzelfsprekend kan worden behaald.' Hieruit zou kunnen worden afgeleid dat de Ondernemingskamer op dit moment – vanwege de relatief hoge financiële risico's waarmee zorginstellingen te maken hebben – in het algemeen hogere zorgvuldigheidseisen stelt aan het

123 HR 10 januari 1997, NJ 1997/360 (*Staleman/Van de Ven*).

124 Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, JOR 2014/129 (*Fundis*).

bestuur van een zorginstelling bij een besluit tot overname van een andere zorginstelling. Dit geldt in nog sterkere mate wanneer geparticipeerd wordt in een instelling die in financiële moeilijkheden verkeert.

Waar het in de Fundis-beschikking ging om het bestuur van een zorginstelling die een andere zorginstelling overnam, laat één van de beschikkingen van de Ondernemingskamer naar aanleiding van de aandeelhoudersruzie over de verkoop van het – eveneens in een slechte financiële situatie verkerende – Slotervaartziekenhuis aan MC Zuiderzee zien hoe de belangenafweging bij het bestuur van een zorgonderneming die overgenomen wordt dient te geschieden. Vanwege een patstelling tussen de aandeelhouders benoemde de Ondernemingskamer een tijdelijk bestuurder, die bij de beslissing om al dan niet de koopovereenkomst met MC Zuiderzee aan te gaan de belangen van alle betrokkenen diende te betrekken en daarbij een aantal expliciet in de uitspraak opgesomde feiten en omstandigheden in acht diende te nemen. Naast ‘de redelijkheid van de koopprijs’ en ‘de mogelijkheid van een hogere opbrengst in geval van een alternatief bod’ worden onder andere genoemd: ‘de mate waarin zich een noodsituatie voordoet en het voortbestaan van het Slotervaartziekenhuis daadwerkelijk wordt bedreigd indien de koopovereenkomst wordt ontbonden’ en ‘de mate waarin de continuïteit van het Slotervaartziekenhuis in enig scenario, gelet op de aard en intenties van de betrokkenen, al dan niet is gewaarborgd’. Hierin is een afweging van het belang van de aandeelhouders tegen het – voor meerdere stakeholders geldende – belang van de continuïteit van de zorgonderneming duidelijk te herkennen.¹²⁵

Voor zover mij bekend, wordt in de ondernemingsrechtelijke rechtspraak tot nu toe (nog) niet expliciet gerefereerd aan de maatschappelijke functie en doelstelling van een zorginstelling. Niettemin lijkt mij verdedigbaar dat uit de norm van art. 2:9 BW voortvloeit, dat het bestuur van een zorginstelling onder omstandigheden ook de belangen van patiënten en – in het geval van systeemziekenhuizen – wellicht zelfs ook de publieke belangen in zijn besluitvorming dient te betrekken. In dit kader is allereerst van belang dat sinds 2009 de NCGC het bestuur van beursgenoteerde ondernemingen uitdrukkelijk verplicht om aandacht te schenken aan ‘de voor de onderneming relevante maatschappelijke aspecten van ondernemen’.¹²⁶ Naar het oordeel van de Hoge Raad komt in de NCGC de in Nederland heersende algemene rechtsovertuiging tot uiting en geeft die rechtsovertuiging mede inhoud aan de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 2:8 BW) en de eisen die voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling (art. 2:9 BW).¹²⁷ De Zorgbrede Governancecode (ZGC) 2010 bepaalt uitdrukkelijk dat het bieden van verantwoorde zorg de ‘hoofdoelstelling’ van de zorgorganisatie is en dat de maatschappelijke doelstelling en

125 Hof Amsterdam (OK) 11 december 2013, *JOR* 2014/36 (*Slotervaartziekenhuis*).

126 Bepaling II.1 NCGC (code Frijns).

127 HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434 (*ABN AMRO*), r.o. 4.4 en HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544 (*ASMI I*), r.o. 4.4.2.

verantwoordelijkheid van de zorgorganisatie onder andere dient te blijken uit het hanteren van het uitgangspunt dat de cliënt en diens gerechtvaardigde wensen en behoeften bij de zorgverlening centraal wordt gesteld.¹²⁸ Hoewel naleving van de ZGC 2010 niet wettelijk vereist is¹²⁹ en aan de code in de (ondernemingsrechtelijke) rechtspraak tot nu toe – anders dan aan de NCGC – relatief weinig waarde wordt toegekend,¹³⁰ lijkt mij goed verdedigbaar dat de ZGC 2010 de eisen die voor bestuurders van zorgondernemingen voortvloeien uit een behoorlijke taakvervulling nader inkleurt. Dit laatste wordt nog waarschijnlijker wanneer de ZGC, zoals recent aangekondigd, ook van toepassing wordt op zorgaanbieders die niet bij de Brancheorganisaties Zorg zijn aangesloten en door de IGZ als sectorbrede veldnorm in haar reguliere toezicht wordt gebruikt.¹³¹

Interessant is in dit kader ook de beschikking van de Ondernemingskamer (en het daarop volgende arrest van de Hoge Raad) met betrekking tot de gang van zaken binnen Fortis N.V. na de overname van delen van ABN AMRO,¹³² waarin de belangen van ‘spaarders, depositohouders en polishouders’ uitdrukkelijk worden genoemd als onderdeel van de richtsnoer voor het bestuurlijk handelen van een bank. Nu in dit geval sprake was van een *systeembank*, diende het bestuur van Fortis zelfs ook het ‘algemeen maatschappelijk belang dat gemeoid is met Fortis’ instandhouding’ bij zijn beleidsafwegingen en besluitvorming te betrekken.¹³³ Hoewel deze uitspraak uiteraard niet zonder meer toepasbaar is op zorginstellingen, vormt zij wel een belangrijke aanwijzing dat het bestuur van een onderneming met een bijzondere maatschappelijke functie (een ‘nutsfunctie’) de belangen van een ruimere kring van betrokkenen en onder omstandigheden zelfs het maatschappelijk belang moet meewegen in zijn besluitvorming.

128 Art. 2.1.2 ZGC 2010.

129 M.J. van Uchelen-Schipper en S.W.A.M. Viseé, *Bestuur en toezicht bij stichtingen. Governance bij zorginstellingen en pensioenfondsen*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 53, leiden uit de verwijzing in de bijlage bij de Regeling verslaggeving WTZi naar de code ten onrechte af dat de ZGC ‘wettelijk [is] verankerd op een wijze die enigszins vergelijkbaar is met de wettelijke verankering van de Nederlandse Corporate Governance Code’. Anders dan de NCGC, is de ZGC 2010 echter niet aangewezen als gedragscode als bedoeld in art. 2:391 lid 5 BW. Een dergelijke wettelijke verankering zou overigens wel kunnen worden overwogen. Vgl. Plomp 2011, p. 344-345 en 408.

130 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam (OK) 31 juli 2008, *JOR* 2008/302 (*Stichting de Grote Rivieren*), r.o. 3.6.

131 *Kamerstukken II* 2014/15, 32 012, nr. 23, p. 4-5.

132 Toen de financiële crisis na deze overname verergerde ontstonden voor Fortis zodanige solvabiliteitsproblemen, dat een interventie van de overheid noodzakelijk was om een faillissement te voorkomen.

133 Hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *JOR* 2013/41 (*VEB/Ageas*), r.o. 4.3 en 4.4. Hoewel in cassatie geen middel was ingesteld tegen deze overwegingen, kan uit de uitspraak van de Hoge Raad worden afgeleid dat hij deze ondersteunt. Zie HR 6 december 2013, *JOR* 2014/65 (*Ageas/VEB*).

In deze uitspraak overweegt de Ondernemingskamer ook dat, gelet op de aard van de onderneming (*in casu* een bank) en de daarbij betrokken belangen op het bestuur een bijzondere zorgplicht rust om de ondernemingsrisico's steeds zorgvuldig en adequaat in het oog te houden, te beoordelen en bij zijn beleidsafwegingen, besluitvorming en optreden te betrekken. Het maatschappelijk belang scherpt de norm voor hetgeen op dit punt van Fortis en haar organen kon worden verwacht bovendien nog verder aan: 'Naarmate op een (rechts)persoon (op een bepaald terrein) een zwaardere verantwoordelijkheid rust, zal hij ook scherper moeten opletten, opdat hem geen voor het voeren van een verantwoord beleid relevante feiten en omstandigheden ontgaan, en zal hij zijn besluitvorming – dan ook – moeten doen berusten op een zorgvuldige informatievoorziening, analyse en beoordeling. Dat betekent dat wat voor de één slechts een *hindsight* inzicht is, onder omstandigheden voor de ander tot op zekere hoogte *foresight* inzicht behoort te zijn.¹³⁴ Naar het oordeel van de Hoge Raad wordt hiermee bedoeld dat 'van Fortis als systeembank, gelet op haar bijzondere zorgplicht (...), meer kennis en inzicht (en meer inspanningen ter verkrijging daarvan) mocht worden verwacht dan van een partij in een andere positie'.¹³⁵ In de volgende paragraaf ga ik nader in op de vraag in hoeverre ook ten aanzien van (bestuurders van) zorgondernemingen een dergelijke bijzondere zorgplicht kan worden aangenomen.

6 Civielrechtelijke zorgplichten van de zorgonderneming

In paragraaf 5 bleek reeds, dat de open normen in het ondernemingsrecht tegenwoordig soms nader worden ingevuld aan de hand van het concept van de civielrechtelijke zorgplichten. Dit begrip is afkomstig uit het algemeen privaatrecht, waar zorgplichten door Tjong Tjin Tai eerder zijn gedefinieerd als 'plichten tot handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of object'.¹³⁶ In beginsel is eenieder jegens ieder ander tot op zekere hoogte verplicht om rekening te houden met de belangen van die ander. Deze algemene juridische (zwakke) zorgplicht moet echter in de praktijk in concrete zorgplichten of zorgverplichtingen worden uitgewerkt.¹³⁷ In het (algemene) civiele recht heeft het fenomeen zorgplicht een belangrijke vlucht genomen. In de rechtspraak zijn inmiddels zorgplichten aangenomen voor onder andere banken, andere financiële dienstverleners, advocaten, notarissen, accountants, scholen en woningcorporaties. In het gezondheidsrecht kennen we de zorgplicht van de medisch beroepsbeoefenaar.¹³⁸ Vanwege (onder andere) de bijzondere deskundigheid van

134 Hof Amsterdam (OK) 5 april 2012, *JOR* 2013/41 (*VEB/Ageas*), r.o. 4.5.

135 HR 6 december 2013, *JOR* 2014/65 (*Ageas/VEB*), r.o. 4.2.3.

136 T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 97.

137 Tjong Tjin Tai 2006, p. 99.

138 Vgl. HR 9 november 1990, *NJ* 1991/26, *TvGR* 1991/18 (*Speeckaert/Gradener*), r.o. 3.7; art. 7:453 BW.

de arts, de afhankelijke positie van de patiënt, het belang van het vertrouwen in de beroepsgroep en het (zwaarwegende) maatschappelijk belang dat de arts dient brengt het beroep van arts – net als andere ‘institutionele beroepen’ – een *bijzondere* zorgplicht mee. Hij mag niet zonder meer afgaan op de wensen van de patiënt, maar moet indien nodig ook tegen die wensen ingaan.¹³⁹ Dit betekent onder andere dat hij zich – zelfs als een patiënt een behandeling wenst – bij zijn beslissing om zorg te verlenen niet moet laten leiden door eigen inkomsten, maar het gezondheidsbelang van de patiënt voorop moet stellen.¹⁴⁰

Hoewel bij de toegevoegde waarde van het concept van de zorgplicht in de privaatrechtelijke doctrine wel vraagtekens worden geplaatst,¹⁴¹ meen ik dat bestudering hiervan – ook in het kader van het onderwerp van dit preadvies – de moeite waard is. Het vormt een aanduiding dat in bepaalde gevallen en omstandigheden hogere eisen moeten worden gesteld aan de in acht te nemen zorg(vuldigheid) en daarmee voor de rechter een mogelijkheid om als het ware de grenzen van (de open normen in) het civiele recht op te rekken. Door het gebruik van de term ‘zorgplicht’ worden deze bijzondere gevallen en omstandigheden meer herkenbaar en inzichtelijk. Hierin kunnen gemeenschappelijke kenmerken worden herkend, die wellicht ook in andere sectoren van belang zijn. Hoewel nog niet helemaal duidelijk is hoe de (bijzondere) zorgplicht in de ondernemingsrechtelijke rechtspraak zich precies verhoudt tot de zorgplicht in het algemene civiele recht, zouden beide gebieden mogelijk via dit concept nader tot elkaar kunnen worden gebracht. Naar mijn mening vervult dit begrip derhalve vooral een rol in het kader van de rechtsontwikkeling.

Aannemelijk is dat op het ziekenhuis een zorgplicht rust die enigszins vergelijkbaar is met die van de arts, maar die deels ook ‘indirect’ werkt, in die zin dat deze het ziekenhuis vooral verplicht tot het laten nakomen door artsen van hun eigen zorgplichten. In de eerste plaats betreft dit de contractuele zorgplicht jegens zorgverzekeraars en jegens patiënten waarmee het ziekenhuis een overeenkomst is aangegaan. Deze contractuele zorgplicht kan berusten op de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 BW) of de plicht tot het in acht nemen van de zorg van een goed opdrachtnemer (art. 7:401 BW) en eventueel worden afgeleid van de plicht

139 Tjong Tjin Tai 2006, p. 171-174, 191.

140 Door financiële prikkels vanuit de overheid en zorgverzekeraars wordt dit uitgangspunt soms wel op de proef gesteld. Vgl. J.K.M. Gevers, *Medische professionaliteit en recht* (afscheidsrede Amsterdam UvA), Amsterdam: Vossiuspers UvA 2010, p. 14-16.

141 Zie bijvoorbeeld F.J. van Ommeren, ‘Zorgplichten: wat zijn dat? Een poging tot overbrugging van twee werelden’, in: C.E.C. Jansen e.a. (red.), *Zorgplichten in publiek- en privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011, p. 23-45; T.S. Jansen & W.A. Vader, ‘Zorgplichten in de ondernemingsrechtpraktijk’, *TOP* 2014/583.

tot goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW). Daarnaast rust op het ziekenhuis ook een – minder vergaande – zorgplicht jegens derden op grond van de maatschappelijke betamelijkheid (art. 6:162 BW). De civiele zorgplicht wordt mede ingevuld en geconcretiseerd door de uit de publiekrechtelijke wetgeving voortvloeiende verplichtingen, onder andere op het gebied van de kwaliteit, organisatie en spreiding van de zorg. Goed verdedigbaar is mijns inziens dat de zorgplicht die op ziekenhuizen – althans in elk geval systeemziekenhuizen – rust vanwege de bijzondere maatschappelijke functie en verantwoordelijkheid eveneens als een *bijzondere* zorgplicht kan worden gekwalificeerd.

Niet onwaarschijnlijk acht ik dat in de jurisprudentie de komende jaren de civielrechtelijke zorgplicht van het ziekenhuis nader zal worden gedefinieerd en dat daarbij in sommige gevallen een verdergaande zorgvuldigheid zal worden aangenomen dan thans uit de publiekrechtelijke wet- en regelgeving voortvloeit.¹⁴² Deze bijzondere zorgplicht brengt onder andere mee dat het ziekenhuis een eenmaal gesloten behandelingsovereenkomst slechts om gewichtige redenen kan opzeggen (art. 7:460 BW). Uit de bijzondere zorgplicht zou daarnaast bijvoorbeeld kunnen voortvloeien, dat het ziekenhuis zich dient te onthouden van patiëntenselectie op niet-medische gronden en terughoudend dient te zijn ten aanzien van beslissingen die een achteruitgang van de kwaliteit of toegankelijkheid van de zorg meebrengen, ook indien het (nog steeds) aan de (minimum)verplichtingen uit hoofde van de publiekrechtelijke wetgeving voldoet.¹⁴³

Nu aannemelijk lijkt dat ook op het ziekenhuis een bijzondere zorgplicht rust, lijkt – mede gelet op de in paragraaf 5.4 genoemde Fortis-beschikking – verdedigbaar dat in elk geval op de bestuurders van systeemziekenhuizen een bijzondere zorgplicht rust, die meebrengt dat zij bij hun taakvervulling en besluitvorming een hogere mate van zorgvuldigheid in acht dienen te nemen ten aanzien van de belangen van patiënten en de publieke belangen. Deze zou bijvoorbeeld tot uitdrukking kunnen komen in een verdergaande onderzoeksplicht of hogere eisen aan de informatieverstrekking en communicatie met belanghebbenden ten aanzien van besluiten die de belangen van patiënten of de publieke belangen kunnen raken, zoals besluiten tot het aangaan van fusie- of overnameovereenkomsten, het afstoten van zorg of significante bezuinigingen. Schending van deze bijzondere zorgplicht zal in beginsel ook kunnen leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad.¹⁴⁴ Ook art. 6:162 BW wordt immers mede

142 Vgl. de effectenlease-arresten, zoals HR 5 juni 2009, *JOR* 2009/199 (*De Treek/Dexia*).

143 Gelet op HR 11 juli 2014, *RvdW* 2014/972 (*CZ/Momentum*), lijkt reeds verdedigbaar dat de zorgaanbieder in de contractuele relatie met de zorgverzekeraar onder omstandigheden zijn gedrag mede dient te laten bepalen door de belangen van de verzekerden van de betreffende zorgverzekeraar.

144 Zie ook A.F. Verdam, 'De zorgplicht van de bestuurder van een rechtspersoon', *Onderneming en Financiering*, 2010 (18), p. 93-109.

ingekleurd door de maatschappelijke betamelijkheid en derhalve ook door de maatschappelijke aspecten van ondernemen. Niet uitgesloten acht ik dat daarnaast ook voor commissarissen en eventueel aandeelhouders van een systeemziekenhuis een bijzondere zorgplicht geldt, die aanleiding kan geven tot (persoonlijke) aansprakelijkheid op grond van art. 6:162 BW.¹⁴⁵ Uiteraard zal een en ander echter in de jurisprudentie verder moeten worden uitgewerkt.

7 Beschouwing en conclusie

Uit het voorgaande blijkt dat het toelaten van ziekenhuizen met winstoogmerk een aantal risico's meebrengt, waartegen de (uitgebreide) publiekrechtelijke wet- en regelgeving (inclusief de Wet winstuitkering) mogelijk (nog) onvoldoende bescherming biedt. De voornaamste risico's liggen op het terrein van de verdergaande concentratievorming en de toegankelijkheid en continuïteit van de zorg. Niet uitgesloten is dat in Nederland (meer) zorgondernemingen zullen ontstaan, die zodanig groot of zodanig belangrijk zijn voor de continuïteit van de zorg in een bepaalde regio dat (bestuurders en aandeelhouders van) deze ondernemingen ervan kunnen uitgaan dat zorgverzekeraars of anderen hen (toch) te hulp zullen (moeten) komen in geval van financiële problemen. Voor aandeelhouders biedt dit de mogelijkheid om kosten te externaliseren en daarmee een stimulans om het bestuur van een dergelijk 'systeemziekenhuis' aan te zetten tot risicovolle activiteiten en strategische gedragingen.

Ik heb getracht te laten zien dat op enkele belangrijke punten waar de publiekrechtelijke stelselwetgeving mogelijk tekortschiet, het privaatrecht kan voorzien in aanvullende bescherming. Anders dan het mededingingsrecht, dat voornamelijk is gericht op het tot stand brengen van effectief werkende markten, is het ondernemingsrecht (mede) gericht op het bestendige succes van de (zorg)onderneming. De open normen van het vennootschappelijk belang, de redelijkheid en billijkheid en de behoorlijke taakvervulling bieden ruimte voor flexibiliteit en maatwerk, voor de bijzondere omstandigheden van het geval. Zij verplichten het bestuur, de commissarissen en – in mindere mate – de aandeelhouders om zich als redelijke mensen te gedragen en de belangen van de zorgonderneming en alle daarbij (direct) betrokkenen in hun besluitvorming te betrekken. Dit verkleint het risico op ongewenste externe effecten. Vooral de norm van de behoorlijke taakvervulling biedt bovendien ruimte voor een inkleuring door de maatschappelijke aspecten van de zorgonderneming. Op basis van recente rechtspraak lijkt verdedigbaar dat op de bestuurders – en mogelijk ook de commissarissen en aandeelhouders – van *systeemziekenhuizen* een bijzondere zorgplicht rust, die meebrengt dat zij bij hun taakvervulling en besluitvorming een hogere mate van zorgvuldig-

145 Vgl. in dit kader HR 8 november 1991, NJ 1992/174 (*Nimox*).

heid in acht dienen te nemen ten aanzien van de belangen van patiënten en de publieke belangen die door de zorgonderneming worden gediend. Schending van die zorgplicht kan mogelijk leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid jegens patiënten op grond van art. 6:162 BW.

Met het voorgaande wil ik niet suggereren dat met open privaatrechtelijke normen en zorgplichten alle gesignaleerde potentiële ongewenste ontwikkelingen kunnen worden voorkomen. Met name maatregelen om (i) het concentratietoezicht te verbeteren; (ii) de transparantie met betrekking tot de kwaliteit en toegankelijkheid van de zorg te vergroten; en (iii) belangenverstrengeling tegen te gaan, blijven onverminderd noodzakelijk. Publiekrechtelijke randvoorwaarden zoals deze dragen – in tegenstelling tot sommige voorwaarden uit het voorstel voor de Wet winstuitkering – bij aan het goed functioneren van en het vertrouwen in (de actoren op) de markt. Open privaatrechtelijke normen komen minder tegemoet aan de behoefte aan rechtszekerheid, doordat ze veelal *achteraf* worden ingevuld en de voor een specifiek geval geformuleerde rechtsregel niet zonder meer toepasbaar is op andere gevallen.¹⁴⁶ Bovendien blijkt de handhaving via het aansprakelijkheidsrecht niet altijd effectief.¹⁴⁷

Ik wil er vooral voor pleiten dat de komende jaren bij incidenten of ongewenste ontwikkelingen ten aanzien van ziekenhuizen met winstoogmerk een pas op de plaats wordt gemaakt en eerst wordt gezien in hoeverre binnen het privaatrechtelijke kader door de daarbij betrokken partijen een adequate oplossing wordt gevonden alvorens tot nieuwe bestuursrechtelijke wetgeving of een uitbreiding van het extern toezicht wordt besloten. Door bestuurders, commissarissen en aandeelhouders meer ruimte te bieden voor het maken van eigen afwegingen, kan hun verantwoordelijkheidsgevoel en normbesef mogelijk worden versterkt en de *'low trust-cirkel'* worden doorbroken. In feite is dit ook wat oorspronkelijk bij de stelselwijziging werd beoogd. Als gevolg van de onzekerheid over de precieze betekenis van de open privaatrechtelijke normen zullen bestuurders, commissarissen en aandeelhouders – om persoonlijke aansprakelijkheid te ontlopen – mogelijk zelfs geneigd zijn om meer dan voldoende zorg te betrachten. Daarnaast kan de invulling van privaatrechtelijke open normen in de jurisprudentie mogelijk in positieve zin bijdragen aan de ontwikkeling van (de kwaliteit van) de stel-

146 Vgl. W. Dijkshoorn, 'Het privaatrecht is niet geschikt om het algemeen belang te dienen. Nou en?', *NJB* 2012/2467.

147 Hartlief 2014.

selwetgeving op de langere termijn,¹⁴⁸ waarbij ik overigens wil aantekenen dat mijns inziens gewaakt moet worden voor het (al te snel) overnemen van civiele zorgplichten in de publiekrechtelijke wet- en regelgeving.¹⁴⁹

Om nader invulling te geven aan open privaatrechtelijke normen en zorgplichten zal het veelal nodig zijn dat geschillen worden voorgelegd aan de civiele rechter. Tot nu toe heeft de Ondernemingskamer reeds enkele malen succesvol geïnterveneerd bij zorginstellingen¹⁵⁰ en zelfs enkele fusies en overnames geblokkeerd die door de ACM reeds waren goedgekeurd.¹⁵¹ De Ondernemingskamer kan daarbij vergaande onmiddellijke voorzieningen treffen om een impasse te doorbreken. Daarnaast kunnen civiele geschillen uiteraard ook worden voorgelegd aan de gewone (voorzieningen)rechter.

In het licht van het voorgaande is positief dat de Minister en Staatssecretaris van VWS kort voor de afronding van dit preadvies hebben laten weten dat zij voorlopig afzien van het wetsvoorstel Goed bestuur (waarin aanvullende verplichtingen met betrekking tot de *governance* van zorginstellingen zouden worden opgenomen) en dat het enquêterecht bij wet zal worden toegekend aan de cliëntenvertegenwoordigende organen van alle zorgaanbieders, ongeacht de rechtsvorm. Opmerkelijk is echter dat zij tegelijkertijd aan de sector voorschrijven wat er in de ZGC (nog) moet worden geregeld en van mening lijken dat onbehoorlijk bestuur en wanbeleid (primaire) langs de weg van het extern toezicht door de IGZ moeten worden aangepakt.¹⁵² Het valt te hopen dat de regering de komende jaren weer-

148 Zo heeft de jurisprudentie met betrekking tot de civielrechtelijke zorgplichten voor financiële instellingen de publiekrechtelijke regelgeving in belangrijke mate beïnvloed. Zie onder andere I. de Vré, 'De bijzondere zorgplicht van financiële dienstverleners onder toezicht', in: T. Gerverdincx e.a. (red.), *Wetenschappelijk Bijdragen. Bundel ter gelegenheid van het 35-jarig bestaan van het wetenschappelijk bureau van de Hoge Raad der Nederlanden*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 279-298.

149 Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Zorg, privaatrecht en publiekrecht: van ondersteuning naar handhaving, en terug', *Recht der Werkelijkheid* 2010(3), p. 6-25; W. Timmer, 'Zorgplichten aan het werk', *RegelMaat* 2013(6), p. 354-366.

150 Zie onder andere Hof Amsterdam (OK) 29 april 2010, *JOR* 2010/87 (*Zorgcentra de Betuwe*); Hof Amsterdam (OK) 20 mei 2010, *JOR* 2010/188 (*Sherpa*); Hof Amsterdam (OK) 11 december 2013, *JOR* 2014/36 (*Slotervaartziekenhuis*).

151 Voor de fusie van Stichting Centrum Maliebaan met Stichting Altrecht en voor de overname van het LangeLand Ziekenhuis door Stichting Vierstroom (Fundis) was naar het oordeel van de ACM geen vergunning vereist. Zie besluit d.d. 24 juli 2008, zaak 6457 en Hof Amsterdam (OK) 21 april 2010, *JOR* 2010/186 (*Centrum Maliebaan*), resp. besluit d.d. 29 augustus 2013, zaak 13.0468.22 en Hof Amsterdam (OK) 27 februari 2014, *JOR* 2014/129 (*Fundis*).

152 Brief d.d. 22 januari 2015, *Kamerstukken II* 2014/15, 32 012, nr. 23.

stand kan bieden aan de neiging tot (onnodig beperkende) regulering en toezicht, om zo uiteindelijk met hulp van het privaatrecht een adequate werking van de markt te bevorderen.

Voor gezondheidsjuristen betekent het voorgaande dat het nuttig is zowel het steeds meer door het publiekrecht gedomineerde (economische) gezondheidsrecht als voor het (algemene) privaatrecht. Een vergelijkbare aanbeveling werd reeds door Hartlief gedaan bij het 40-jarig jubileum van de Vereniging voor Gezondheidsrecht.¹⁵² Het zou mooi zijn indien bij het volgende jubileum zou kunnen worden geconstateerd dat van deze kruisbestuiving de eerste vruchten inmiddels kunnen worden geplukt.

153 T. Hartlief, 'De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht', in: P.C. Ippel, T. Hartlief & P.A.M. Mevis, *Gezondheidsrecht: betekenis en positie* (preadvies VGR), Den Haag: Sdu Uitgevers 2007, p. 115.

Deel 5

Zorgfraude: van handhaving en hoe systemen hun eigen ongelukken genereren

Mr. T.A.M. van den Ende¹

1 Tessa van den Ende is advocaat-partner bij Nysingh advocaten-notarissen, tessa.vandenende@nysingh.nl. De tekst is afgesloten op 31 januari 2015. Dank ben ik verschuldigd aan mijn steun en toeverlaat Luc en onze kleine mensjes waar het leven toch om draait, Puck en Rijk.

1 Inleiding

Toenmalig minister Hoogervorst gaf op vragen van de Eerste Kamer in 2006 bij de behandeling van het wetsvoorstel Wet marktordening gezondheidzorg ("WMG") over de invoeringsperikelen van de Diagnose Behandel Combinaties ("DBC's") voor de medisch specialistische zorg nog een geruststellend antwoord: "Verleden week heb ik met de Tweede Kamer uitvoerig van gedachten gewisseld over de DBC's. Er is inderdaad sprake van invoeringsperikelen, maar ik ben nog steeds van mening dat er geen onverantwoorde risico's zijn genomen. Het is overigens nog maar de vraag of er veel onregelmatigheden zijn geweest. Fraude was überhaupt al niet waarschijnlijk. Door de budgetteringssystematiek moet alles wat te veel is gedeclareerd weer worden teruggestort".²

Bij de invoering van de WMG had men niet kunnen bevroeden dat de roep om handhaving en *naming and shaming* als gevolg van 'zorgfraude'³ vanaf 2011 zo'n vaart zouden lopen. Minister Hoogervorst in ieder geval niet. Hij zag een simpele oplossing in het terugbetalen wat teveel was gedeclareerd. En juist die oplossing ziet de Nederlandse zorgautoriteit ("NZa") inmiddels als onuitvoerbaar. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven ("CBB") oordeelde in juni 2014 daar waar de NZa had getracht die terugbetalingsverplichting op te kunnen leggen bij wege van een aanwijzing als bedoeld in art. 76 WMG (zonder oplegging van een boete), die verplichting bij wege van aanwijzing onwettelijk.⁴ De NZa op haar beurt benadrukte deze terugbetalingsverplichting mogelijk te willen laten maken in de wet, zodat de NZa zorgaanbieders wél kan verplichten om onjuiste nota's terug te betalen⁵, waarover hierna in § 3.4 meer.

Geconstateerd kan worden dat sinds de inwerkingtreding van de WMG in 2006 de NZa een viertal boetes heeft opgelegd, vijftientig aanwijzingen heeft gegeven en negen lasten onder dwangsom heeft opgelegd. Amper de helft van de handhavingsbesluiten hangt samen met het onjuist declareren respectievelijk vergoeden van tarieven. Boetes voor het overtreden van de WMG door zorginstellingen in de care ontbreken.⁶ Die casus die in de care wél aan de orde waren, zijn door het Openbaar Ministerie ("OM") opgepakt. In die gevallen is sprake van een verdenking van fraude, bijvoorbeeld daar waar het gaat om persoonsgebonden

2 *Kamerstukken I* 2005/06 30186, nr. 36, 1721.

3 Onder "zorgfraude" versta ik in mijn preadvies niet de fraude op het terrein van de sociale zekerheid.

4 CBB 17 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:223.

5 Zie <http://www.nza.nl/publicaties/nieuws/NZa-Maak-het-wettelijk-mogelijk-dat-zorgaanbieders-onjuiste-nota's-terugbetalen-aan-gedupeerden/>.

6 De NZa is op 10 februari 2014 wel een onderzoek gestart naar declaratiegedrag door een GGZ-instelling, Altrecht. De uitkomsten van dat onderzoek zijn nog niet bekend.

budgetten of upcoding als gevolg van de gemandateerde indicatiestellingen.⁷ Inmiddels zouden beide vormen van fraude zich niet of nauwelijks meer voor moeten kunnen doen, nu het uitbetalen van persoonsgebonden budgetten sinds 1 januari 2015 via de Sociale VerzekeringsBank dient te lopen en de gemandateerde indicatiestellingen niet meer mogelijk zijn.⁸ Alhoewel die maatregelen fraude of onjuistheden niet geheel zullen uitbannen.

Het aantal handhavingsbesluiten van de NZa is weinig te noemen, afgezet tegen de niet aflatende stroom persberichten, kamervragen, debatten in de Tweede Kamer en ophef die worden gewijd aan het onderwerp zorgfraude sinds 2003. De NZa houdt als opvolgster van het Centraal orgaan tarieven gezondheidszorg sinds 2006 toezicht op de uitvoering van het zorgstelsel en heeft in 2013 in totaal € 571.179,70 aan boetes en lasten onder dwangsom opgelegd. In 2014 heeft de NZa tot november 2014 aan bestuurlijke boetes ca. € 6.100.000 opgelegd. Een koerswijziging zo lijkt het. Naast de toezichthoudende rol van de NZa, controleren ziektekostenverzekeraars onder meer de rechtmatigheid van zorgnota's door formele en materiële controles en/of fraudeonderzoeken. Over 2012 ging het om een bedrag van € 2,6 mld. aan onrechtmatige zorgnota's die vóór betaling door de ziektekostenverzekeraars zijn afgewezen (formele controles uitgevoerd voor betaling). Via controles na betaling (formele controles uitgevoerd na betaling en materiële controles) is er € 198 mln. teruggevorderd. Tenslotte is er voor € 6 mln. aan fraude vastgesteld. Over 2013 ging het om een bedrag van € 2,3 mld. aan onrechtmatige zorgnota's die vóór betaling door de zorgverzekeraars zijn afgewezen (formele controles uitgevoerd voor betaling). Via controles na betaling is er € 329 mln. euro teruggevorderd (formele controles uitgevoerd na betaling en materiële controles). Tenslotte is er voor € 9,4 mln. aan fraude vastgesteld. De cijfers over 2014 van zorgverzekeraars zijn nog niet beschikbaar, deze worden in juni 2015 verwacht.⁹ Deze cijfers laten zien dat er een groot verschil is in omvang tussen fouten (onjuistheden, onregelmatigheden e.a.) en fraude.

Toegegeven, in sommige gevallen zijn de feiten zo evident dat men niet om 'fraude' heen kan. Een selectie van de berichten in de media in 2014 laat zien dat fraude zowel in de cure als in de care voorkomt, om verschillende redenen met verschillende werkwijze. Zo werden onlangs negen mensen veroordeeld tot gevangenisstraffen tot 3,5 jaar voor miljoenenfraude in de zorg. De drie vrouwen en zes mannen leverden daadwerkelijk thuiszorg, maar fraudeerden bij zorgkantoren door valse facturen in te dienen. Het geld staken ze in eigen zak. Met de fraudes was een bedrag gemoeid van bijna 2,4 miljoen euro. Ook werden bij het Centrum Indicatiestelling Zorg ("CIZ") in Driebergen valse dossiers van patiënten inge-

7 Zie ook Rapport risicoanalyse fraude in de AWBZ-zorg in natura, 11 november 2012.

8 Wet langdurige zorg, Stb. 2014, 494.

9 Brief minister van VWS aan Tweede Kamer d.d. 19 december 2014 met kenmerk 599462.

voerd. Daarbij werden zeer ernstige aandoeningen zoals dwarslaesies en tumoren opgevoerd. Zo verkregen de fraudeurs hoge persoonsgebonden budgetten. Eén van de veroordeelden is een corrupte ambtenaar van het CIZ. Hij heeft een half jaar celstraf gekregen omdat hij zich om liet kopen. Mede daardoor is voor ruim een half miljoen euro aan AWBZ-gelden gefraudeerd.¹⁰

Twee directeuren van een medisch laboratorium worden ervan verdacht ziektekostenverzekeraars voor miljoenen euro's te hebben opgelicht. Tussen 2007 en 2014 hebben de verdachten 9,5 miljoen euro ontvangen van ziektekostenverzekeraars na het declareren van bloedonderzoek. Bloedonderzoek wordt alleen maar vergoed als het gedaan wordt in opdracht van een reguliere arts. Dat was hier niet het geval: alternatieve en natuurartsen bestelden de onderzoeken, maar de verdachten deden het voorkomen alsof dat door reguliere artsen gebeurde, zo stelt de FIOD.¹¹

Een Zwolse zorgaanbieder wordt verdacht van fraude met zorgbudgetten en valsheid in geschrifte. Handtekeningen van cliënten zouden zijn vervalst onder declaraties die de organisatie bij het zorgkantoor indiende. Daarnaast zou er veel meer aan zorg zijn gedeclareerd dan daadwerkelijk werd geleverd. Het zorgkantoor zegt "serieuze vermoedens van fraude" te hebben.¹²

Bij een zorgbureau uit Hengelo is mogelijk voor miljoenen euro's gefraudeerd met geld dat was bestemd voor het verlenen van zorg. Het bureau verleende huishoudelijke hulp, persoonlijke verzorging, verpleging en individuele- en groepsbegeleiding in de omgeving van Almelo, Hengelo en Enschede. Het OM vermoedt dat een groot aantal cliënten geen zorg heeft gehad door de fraude. Documenten zouden zijn vervalst om zo meer geld te krijgen uit de Wet maatschappelijke ondersteuning ("WMO") en de AWBZ. Het bureau heeft mogelijk meer zorg en andere (duurdere) zorg gedeclareerd dan de zorg die werd gegeven aan hun cliënten. Ook zou zorg dubbel zijn gedeclareerd. Volgens het OM wierf het personeel mensen vanuit moskeeën, via advertenties en via mond-tot-mondreclame. Het bureau ging begin 2012 failliet, maar de directeur begon daarna een nieuwe zorgorganisatie.¹³

Juist daar waar 'fraude' niet bewezen lijkt te kunnen worden of het belang te gering is en het OM van vervolging afziet of de NZa bestuursrechtelijke afdoening opportuun acht, worstelt de NZa met de inzet van diens handhavingsinstrumenten. In dit preadvies moeten, gelet op de beperkte omvang, keuzes worden gemaakt. Centraal staat de idee dat de mogelijkheden tot fraude, vergissingen,

10 Zie <http://www.skipr.nl/actueel/id20784-tot-35-jaar-cel-voor-miljoenenfraude-zorg.html#sthash.m5vn8OyJ.dpuf>.

11 Zie <http://www.skipr.nl/actueel/id18096-miljoenenfraude-door-lab-voor-natuur-artsen.html#sthash.jt4ECM5H.dpuf>.

12 Zie <http://www.skipr.nl/actueel/id17775-zwolse-zorgaanbieder-verdacht-van-pgb-fraude.html#sthash.SS4r8wM5.dpuf>.

13 Zie <http://www.skipr.nl/actueel/id16659-om-miljoenenfraude-bij-zorgbureau-hengelo-.html#sthash.cRdIVYRi.dpuf>.

onduidelijkheden, onbedoelde overtredingen en het frauderisico afhankelijk zijn van de financieel-administratieve kaders waarbinnen de gezondheidszorg wordt uitgevoerd.¹⁴ In mijn preadvies sta ik uitvoerig stil bij de wetsgeschiedenis, evaluaties en jurisprudentie van zowel de WMG als diens voorloper de Wet Tarieven Gezondheidszorg (“WTG”) daar waar het om het handhavingsinstrumentarium jegens zorgaanbieders gaat. Voordat ten aanzien van een aantal specifieke situaties kan worden nagegaan wat een passende inzet van handhavingsinstrumenten zou zijn, verken ik het begrip ‘fraude’ en wat daar in Nederland, of elders in de wereld, onder wordt verstaan. Om tot slot te komen tot de belichting van die aspecten van het onderwerp zorgfraude die er *niet* ‘dik bovenop liggen’, maar veeleer ontstaan lijken te zijn door systemen. Het preadvies belicht die aspecten vanuit verschillende actoren: de NZa, de zorgverzekeraar, de zorgaanbieder en het OM. Met tot slot een eerste verkenning tot een nadere afbakening van art. 35 en 85 Wmg.

2 WTG en fraude

2.1 *Historie*

Op basis van de Prijsopdrivings- en hamsterwet 1939 en vanaf 1961 op basis van de Prijzenwet, zijn tot 1 juni 1965 voor ziekenhuizen afzonderlijke prijsmaatregelen vastgesteld. Op die datum trad namelijk de Wet Ziekenhuistarieven¹⁵ in werking, die regelen stelt op het gebied van de totstandkoming van ziekenhuistarieven. Volgens deze wet was het degene die een ziekenhuis beheerde, verboden een verhoogd of nieuw tarief in rekening te brengen tenzij dit de goedkeuring had van het «centraal orgaan». Als centraal orgaan was aangewezen een door organisaties van ziekenhuizen, van ziekenfondsen en andere belanghebbenden ingesteld privaatrechtelijk orgaan, dat zich ten doel stelde de vaststelling van verantwoorde tarieven te bevorderen. De Minister van Volksgezondheid en Milieuhygiëne kon een desbetreffende beslissing van het Centraal Orgaan Ziekenhuistarieven (COZ) met betrekking tot de goedkeuring van een tarief schorsen of vernietigen wegens strijd met het algemeen belang en dan tegelijkertijd zelf een tarief aangeven. In verband met de toepassing van de Ziekenfondswet 1966 en de AWBZ 1968 was de taak van het COZ als tariefgoedkeurende instantie beperkt tot de particuliere tarieven. Ten aanzien van de intramurale verstrekkingen van de ziekenfondsen vervulde het COZ een adviesfunctie t.o.v. de Commissie Overeenkomsten van de Ziekenfondsraad. Het COZ pleegde de hem voorgelegde tarieven te toetsen aan door hem opgestelde richtlijnen. Deze richtlijnen waren afgestemd op het normatief functioneren van de desbetreffende categorie van inrichtingen. Volgens de

14 Vgl. R. van der Veen & N. Groenendijk, rapport “*Frauderisico-analyse gezondheidszorg*”, 2003.

15 *Stb.* 1965, 190.

wettelijke ziektekostenverzekeringen werden tussen de uitvoeringsorganen en degenen die diensten van gezondheidszorg verleenden (de medewerkers) overeenkomsten gesloten, ook met betrekking tot het tarief dat de ziekenfondsen de medewerkers betaalden voor verrichte diensten. Deze overeenkomsten behoeften wettelijk de goedkeuring van de Commissie Overeenkomsten van de Ziekenfondsraad. In deze commissie waren vertegenwoordigd de ministeriële leden (kroonleden), de werkgeversorganisaties en de werknemersorganisaties. Daarin waren niet vertegenwoordigd de overige participanten in de Ziekenfondsraad, met name de organisaties van ziekenfondsen en van de medewerkers, omdat zij rechtstreeks waren betrokken bij het sluiten van bedoelde overeenkomsten. De Commissie Overeenkomsten kon aan een overeenkomst niet af- of toedoen, maar deze uitsluitend al dan niet goedkeuren. Een beslissing van deze commissie behoeft volgens de wet bekrachtiging van de Ziekenfondsraad. Met het oog op het feit dat de organisaties van degenen die overeenkomsten sloten waren vertegenwoordigd in de Ziekenfondsraad, was in de Wet Ziekenhuistarieven nadrukkelijk bepaald dat de Ziekenfondsraad de bekrachtiging van een beslissing van de Commissie Overeenkomsten, waarbij deze haar goedkeuring aan een overeenkomst had onthouden, slechts kon onthouden met twee derde van de uitgebrachte stemmen. Uiteindelijk had de Minister van Volksgezondheid en Milieuhygiëne de bevoegdheid een besluit van de Ziekenfondsraad te schorsen of te vernietigen, indien dit naar zijn oordeel in strijd was met het algemeen belang. De ontwikkelingen in de jaren '70 zijn voor een belangrijk deel een uitvloeisel van de Volksgezondheidsnota 1966.¹⁶ Als uitvloeisel van een meer programmatische aanpak van de volksgezondheid is het zogenaamde structuurbeleid in de jaren '70 het gevolg van deze wens. Het eerste resultaat vormen de plannings- en financieringswetten, waarmee een doelmatiger opzet van de gezondheidszorgvoorzieningen werd beoogd (Wet Ziekenhuisvoorzieningen, 1971). De roep om meer sturing in de gezondheidszorg leidt vervolgens in 1974 tot de Structuurnota Gezondheidszorg 1974.¹⁷ Hierin werd een drietal wetgevingsprojecten aangekondigd: een planningswet voor de hele sector (Wet Voorzieningen Gezondheidszorg), een tarievenwet voor de hele sector (WTG) en de integratie van de verzekeringen (Ziekenfondswet/AWBZ en de particuliere stelsels) in één volksverzekering.¹⁸

16 *Kamerstukken II 1965/66*, 8 462/1, Volksgezondheidsnota 1966.

17 *Kamerstukken II 1973/74* – 13 012, Structuurnota Gezondheidszorg NOTA, nr. 2.

18 Staatssecretaris Jo Hendriks brengt in 1974 de Structuurnota Gezondheidszorg uit. Hendriks stelt voor de gezondheidszorg te organiseren in regionale zorgstelsels met de huisarts en gezondheidscentra als zorgverlener in de eerste lijn en specialistische zorg en andere verwijshulp in de tweede lijn. Per regio mag in deze visie maar één ziekenfonds actief zijn. Dit heeft vele fusies in ziekenfondsland tot gevolg. De volksverzekering die Hendriks beoogt, haalt het niet. Wel dient hij in 1976 twee wetsontwerpen in die de overheid de instrumenten geeft om zorgvoorzieningen regionaal te plannen en de ontwikkeling van de tarieven in de hand te houden: de Wet Voorzieningen Gezondheidszorg en de Wet Tarieven Gezondheidszorg.

Met het wetsontwerp WTG werd beoogd gestalte te geven aan de in de Structuurnota Gezondheidszorg aangeduide wens om te komen tot een stroomlijning, uniformering en onderlinge afstemming van de tarief- en honoreringssystemen in de gezondheidszorg. Uit die Structuurnota blijkt dat de toenmalig in de gezondheidszorg geldende tarief- en honoreringssystemen weinig overzichtelijk, sterk verbrokkeld en nauwelijks samenhangend werden bevonden.¹⁹ De WTG trad in 1982 in werking.²⁰ Hieronder zal ik nader ingaan op de kern van de WTG en de reikwijdte van de verbodsbepalingen. Het zijn immers die verbodsbepalingen die ook in de WMG een plaats hebben gekregen in de art. 35 en 35 a WMG.

2.2 Kern WTG

Art. 2 vormde de kern van de WTG. De WTG verbood het in rekening brengen van een niet rechtsgeldig tarief. Uitsluitend voor die prestaties waar een tarief voor een bepaalde prestatie kon worden vastgesteld was sprake van de verbodsbepaling uit art. 2 WTG. Onder een niet-rechtsgeldig tarief werd verstaan: een tarief dat niet was goedgekeurd of vastgesteld, een tarief voor een prestatie waarvoor geen maximumtarief was goedgekeurd of vastgesteld en een tarief dat hoger was dan het goedgekeurde of vastgestelde tarief. Handelen in strijd met deze bepaling kwalificeerde als een strafbaar feit op grond van de Wet economische delicten ("WED"). Het verbod treft het in rekening brengen van een tarief op grond van de begripsbepaling in artikel 1, eerste lid, onder j WTG. Aan de levering van de prestatie en het vragen van een prijs daarvoor ligt in beginsel een privaatrechtelijke rechtsverhouding ten grondslag.

Handelen in strijd met art. 2 of 17b WTG vormde een economisch delict op grond van de WED. Een misdrijf voor zover het opzettelijk werd begaan en anders een overtreding. Opzettelijk handelen in strijd met voornoemde artikelen werd bedreigd met een gevangenisstraf van ten hoogste twee jaar of een geldboete van de vierde categorie. Een overtreding werd bedreigd met hechtenis van ten hoogste zes maanden of geldboete van de vierde categorie.²¹ De maximumtarieven voor bepaalde prestaties zijn ingevoerd bij de Wet van 20 november 1991, Stb. 584. Die mogelijkheid werd geopend om voor nader aan te wijzen categorieën van prestaties of beroepsbeoefenaren in plaats van de bestaande vaste punttarieven maximumtarieven vast te stellen. In het tot dan toe geldende systeem werd voor vrije beroepsbeoefenaren naar zoveel mogelijk uniforme tarieven gestreefd. Afwijkende prijsafspraken tussen individuele ziektekostenverzekeraars en individuele vrije beroepsbeoefenaren moesten worden goedgekeurd en kwamen

19 Voor een uitgebreide toelichting op de WTG zie mr. G.R.J. de Groot, *Tarieven in de gezondheidszorg*, Kluwer 1998.

20 Kb d.d. 27 januari 1982, Stb. 24.

21 Art. 6 lid 1 WED.

mede als gevolg van deze structuur weinig tot stand. Door de invoering van maximumtarieven werd het voor verzekeraars en beroepsbeoefenaren mogelijk een afwijkend lager tarief dan het maximumtarief overeen te komen zonder dat daarvoor de goedkeuring van het COTG vereist was.²² De verbodsbepalingen uit de WTG richtten zich niet tegen het overeenkomen van niet-rechtsgeldige dan wel onjuiste tarieven, maar tegen het in rekening brengen ervan. Afspraken maken of registreren in strijd met de WTG was toegestaan: factureren niet.

2.3 *Rechtsgevolg in strijd handelen met de WTG (en WMG)*

Welke betekenis heeft het ontbreken van een rechtsgeldig tarief of het in strijd met een vastgesteld tarief in rekening brengen van een verrichting voor de onderliggende privaatrechtelijke rechtsbetrekking? Onder de WTG heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin de beantwoording van die vraag centraal stond.²³

De situatie was in het kort de volgende. Verzekeringsmaatschappij OZF sluit namens haar cliënt Moerman een medische behandelingsovereenkomst met ziekenhuis AZL, waarbij AZL zich verbindt bij Moerman een zogeheten AICD te implanteren. Het AZL verklaart zich uiteindelijk bereid de AICD te implanteren, mits de kosten van de behandeling, inclusief de kostprijs van de AICD, door OZF zouden worden vergoed en de lokale ziektekostenverzekeraars zouden aanvaarden dat de betaling van de behandelingskosten als 'buitenbudgettair' worden aangemerkt. Zelf zegt OZF aan AZL toe dat zij – als derde, op de voet van art. 6:30 BW – de kosten van de ingreep zal vergoeden, buiten het krachtens de WTG aan AZL toegekende budget om. OZF betaalt echter niet alle facturen, als gevolg waarvan het AZL van de erven van de alsdan overleden patiënt en van OZF betaling van de onbetaald gebleven nota's vordert. OZF vordert in reconventie terugbetaling van het reeds betaalde bedrag. Anders dan onder de WMG het geval, was onder de WTG de vraag welk tarief in rekening mocht worden gebracht in wezen niet van belang. Hoogte en samenstelling van het budget waren dat wel. Het budget werd onder de WTG deels gevormd door de voorgenomen productie, vermenigvuldigd met de bedragen die in de beleidsregels voor de uiteenlopende productieparameters waren vastgelegd. Het budget werd vervolgens met de ziektekostenverzekeraars verrekend via de per patiënt in rekening gebrachte tarieven, waaronder in het bijzonder het verpleegtariaf.

22 *Kamerstukken II* 21 357, nr. 3, MvT p. 17.

23 HR 11 mei 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB1555, met noot J.Hijma *NJ* 2002, 364, met noot G.R.J. de Groot *RvdW* 2001/100. Zie voor de uitspraak in eerste aanleg Rb. Zwolle 28 augustus 1996, *RZA* 1996, 182 en voor de uitspraak in hoger beroep Hof Arnhem 26 januari 1999, *RZA* 1999, 89.

Extra opbrengsten – gegeven het vastgestelde budget – zouden leiden tot een lager verpleegtariaf.²⁴

Het verbod van art. 2 WTG ziet niet op het aangaan van een overeenkomst, maar op de feitelijke handeling van het ‘in rekening brengen’ van een tarief. Met De Groot ben ik van mening dat alhoewel de overeenkomst – de rechtshandeling zelve – niet nietig is op grond van art. 3:40, lid 2 BW, het in rekening brengen zal moeten worden uitgelegd in samenhang met doel en strekking van de WTG die beoogt de tegenprestatie voor prestaties op het gebied van de gezondheidszorg aan bepaalde grenzen te binden. Het in rekening brengen is dan een handeling die direct uit de overeenkomst voortvloeit en daarin haar grondslag vindt.²⁵ Een dergelijke overeenkomst is op grond van artikel 3:40, lid 1 BW *in beginsel* nietig wegens strijd met de openbare orde. De belangen die de WTG beogen te dienen maken vervolgens dat met art. 2 WTG strijdige overeenkomsten nietig zijn. Dat zou dan juist vanwege de met de WTG beoogde doelmatige aanwending van financiële middelen en de kostenbeheersing in de gezondheidszorg worden ondergraven als partijen privaatrechtelijk zonder nietigheidssanctie niet-rechtsgeldige tarieven zouden kunnen overeenkomen. In die zin ook de Groot.²⁶ De Hoge Raad neemt die inbreuk in voornoemd arrest niet zonder meer aan, maar legt een nietigheidstoets aan op grond waarvan hij concludeert dat geen sprake is van een inbreuk op zo fundamentele beginselen van de rechtsorde, dat op de voet van art. 3:40 BW strijd met de openbare orde moet worden aangenomen. Bij de toepassing van art. 3:40, eerste lid, BW heeft de rechter de ruimte voor een oordeel anders dan de nietigheid. Het begrip ‘openbare orde’ is contextafhankelijk, terwijl in de formulering ‘inbreuk op (...) zo fundamentele beginselen van de rechtsorde’ bovendien besloten ligt dat er sprake moet zijn van een gekwalificeerde inbreuk op de rechtsorde. Bepalend is of de overeenkomst door haar inhoud of strekking tevens in strijd is met de goede zeden en/of de openbare orde.

Hijma abstraheert uit het arrest een drietal hoofdlijnen²⁷. Allereerst maatschappelijke acceptatie. De in het geding betrokken AICD-implantaties mochten destijds

24 Vgl. De Groot in zijn noot (RvdW 2001/100) waarin hij bovendien nog aanstipt dat de condities die het AZL stelde: niet alleen wenste het AZL de kosten van behandeling en van de AICD in rekening te brengen, ook verlangde het dat de ziektekostenverzekeraars ermee zouden instemmen dat de desbetreffende opbrengsten als ‘buitenbudgettair’ zouden worden behandeld, d.w.z. dat zij bij de nacalculatie van de opbrengsten niet in mindering zouden worden gebracht, op zichzelf ook kwestieus zijn. Nu was het geval dat verzekeraars lange tijd niet onder de verbodsbepalingen vielen van de WTG, onder de WMG vallen zij daar zonder twijfel onder en had de beschreven handelswijze op zichzelf gekwalificeerd als handelen in strijd met de wet.

25 De Groot 1998, p.75.

26 De Groot 1998, p.76.

27 Zie rov. 4.4.

geaccepteerd heten door (het betrokken segment van) de samenleving, in ieder geval in die zin, dat zij in verscheidene ziekenhuizen werden uitgevoerd en dat de kosten ervan door de lokale ziektekostenverzekeraars als buitenbudgettair werden aanvaard. Ten tweede adaptatie. Destijds preludeerde men op een verwachting dat de bestaande regels zouden worden aangepast en wel in die zin dat voor AICD-implantaties een tarief zou worden vastgesteld. Die verwachting is ook werkelijkheid geworden. Adaptie draagt bij aan het eerste onderdeel, nl. die van de maatschappelijke acceptatie. Tot slot instigatie. De overeenkomst werd gesloten op instigatie van OZF, namens Moerman. AZL daarentegen was nog niet zo gemakkelijk over te halen. Hijma abstraheert uit de derde component de gedraging dat de Hoge Raad ons voorhoudt dat het minder ernstig zou zijn dat een verzekeraar (of patiënt) een ziekenhuis tot buitenbudgettair declareren overhaalt, dan dat een ziekenhuis, teneinde buitenbudgettair te kunnen declareren, zou aankloppen bij een verzekeraar (of patiënt). Dat zou dan volgens hem anders kunnen uitvallen als een ziekenhuis op zoek gaat naar bijkomende inkomsten, zonder dat voor die bijverdiensten een tarief is vastgesteld.

Het arrest is opmerkelijk te noemen, zeker onder het gesternte van de WMG en 2014. De verbodsbepalingen uit de WTG zijn later aangepast aan het onder de WMG ontworpen stelsel van prestatiebeschrijvingen in art. 35 WMG. De verbodsbepalingen zijn qua bereik dezelfde. Het arrest heeft naar ik meen juist niet die betekenis dat ziekenhuizen en zorgverzekeraars privaatrechtelijk vrij zouden zijn met art. 2 WTG of art. 35 WMG strijdige afspraken te maken. Op die wijze werd door het CTG of wordt thans door de NZa en de Tweede Kamer ook niet naar (de doelstellingen van thans) de WMG gekeken: de verbodsbepalingen beogen juist patiënten, zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars te beschermen en de kostenbeheersing in de zorg te ondersteunen.

De casus is in zoverre ook bijzonder dat het gaat om een patiënt met een bijzondere zorgvraag – een bijzondere medische verrichting – ten aanzien waarvan destijds landelijk de gangbare tarifiering nog geen grondslag had mogen vinden. Dat is in de zorg niet bijzonder. Neem bijvoorbeeld de Transcatheter Hart Interventies (THI). Op grond van het Planningsbesluit PCI's, ICD's en THI's²⁸ werd een aantal centra een vergunning op aanvraag verleend. Hangende die aanvraagprocedure voerde een aantal ziekenhuizen reeds THI's uit voor eigen rekening en risico. De ontwikkeling van de techniek zal immers eerst in ziekenhuizen moeten worden ontwikkeld waarna tarifiering/prestatiebeschrijving en afspraken met ziektekostenverzekeraars kunnen worden gerealiseerd. Op grond van de WTG en de WMG zal eerst na tarifiering/prestatiebeschrijving en de afspraak met ziektekostenverzekeraars kunnen worden overgegaan tot declaratie van verrichtingen in

28 Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 1 december 2009, nr. CZ/TSZ-2969842, houdende vaststelling van het Planningsbesluit PCI's, ICD's en THI's.

tijd gelegen na realisatie van de wettelijke inbedding. Met de Hoge Raad kan ik in zoverre meegaan dat het bijzonder onredelijk zou zijn juist de declaratie van die bijzondere verrichting aan nietigheid bloot te stellen. Maar dan nog, in feite had het ziekenhuis in het betrokken arrest slechts het verpleegtartief in rekening mogen brengen. De verrichting zelf zou voor rekening en risico van het betrokken ziekenhuis en het team van medisch specialisten behoren te zijn gekomen. Immers, het verpleegtartief was de enige legitieme titel die kon worden gekoppeld aan het rechtsgeldig te declareren tarief. De patiënt in kwestie werd en wordt thans in ieder geval beschermd, nu zowel art. 2 lid 4 WTG als het huidige art. 35 lid 4 WMG bepalen dat een zorgaanbieder en een ziektekostenverzekeraar geen rechten kunnen ontlenen aan verboden afspraken, terwijl deze wel in stand blijven en moeten worden nagekomen jegens de betrokken patiënt of verzekerde.²⁹

De Hoge Raad laat zich niet uit over de gevolgen van handelen in strijd met art. 2 WTG. In het bijzonder geeft hij geen antwoord op de vraag wat rechtens juist zou zijn als de overeenkomst in kwestie wél nietig zou zijn geweest. De Groot pleitte destijds voor meer duidelijkheid door een wetswijziging. Die wetswijziging is er gekomen met de WMG, maar de door De Groot geopperde verduidelijking is niet gerealiseerd. De WMG bepaalt immers niet op welke wijze door de civiele bril naar de in strijd met de WMG gedane betaling danwel facturering dient te worden gekeken. En in feite is dat ook niet nodig. Uit het BW volgt immers op welke wijze naar de nietigheid en gevolgen van de nietigheid kan worden gekeken. Die basis met inkleuring van de basis door de WTG en thans de WMG, maken de uitkomst van de civiele blik nagenoeg voorspelbaar: nietigheid of partiële nietigheid. Waarna de gevolgen van de nietigheid of partiële nietigheid kunnen worden ondervangen door conversie (art. 3:42 BW) of het ongedaan maken van prestaties (art. 6:203 BW) met volgens art. 6:210 BW, voorzover dit redelijk is³⁰, vergoeding van de waarde van de prestatie daarvoor in de plaats. Geconverteerd of daarvoor in de plaats zou dan de legitieme titel volgen die op grond van de WMG en de geldende beleidsregels van de NZa (tarief en prestatiebeschrijving) wél rechtsgeldig zou zijn geweest. De A-G concludeert bij voornoemd arrest dat er slechts plaats is voor algehele nietigheid en niet voor partiële nietigheid.³¹ Algeheel, nu de Hoge Raad eerder oordeelde dat een koopovereenkomst waarbij een hogere dan de wettelijk toegestane prijs werd overeengekomen, nietig is.³² Met De Groot

29 *Kamerstukken II* 2004/05, 30 186, nr.3, p.60.

30 Wanneer reeds is gepresteerd kan een vordering tot ongedaanmaking vastlopen op de redelijkheid en billijkheid: HR 5 november 1982, *NJ* 1984, 125 m.nt. CJHB (Ziekenfondsen/Klijnsen c.s.; rechtsverwerking); HR 28 juni 1991, *NJ* 1992, 787 m.nt. CJHB (Verkerk/Van der Veen q.q.).

31 Zie onder 4.3–4.8.

32 Zie HR 11 mei 1951, *NJ* 1952, 127 m.nt. Ph.A.N.H. onder *NJ* 1952, 128.

zie ik dat anders.³³ Betoogd kan immers worden dat de nietigheid van het gefactureerde tarief of de betaling ervan juist niet in onverbreekelijk verband staat met het geldige deel van de overeenkomst voor zover het om een tarief gaat dat hoger is dan toegestaan, namelijk in het geval van de WMG met de behandelovereenkomst in de zin van art. 7:446 BW of de overeenkomst tussen zorgaanbieder en ziektekostenverzekeraar of zorgaanbieder en zorgaanbieder, omdat de feitelijke overeenkomst c.q. opdracht zorg te verlenen staat en is vervuld: het sluitstuk is de declaratie of de betaling van de declaratie. Feitelijk komen beide oplossingen uiteindelijk op hetzelfde neer: slechts de legitieme titel voor de verrichting zal in rekening mogen worden gebracht danwel mogen worden betaald. Is een tarief in rekening gebracht of betaald dat anders is dan het rechtsgeldige, denk aan een Klinische ééndaagse DBC in plaats van een verpleegdag, dan is sprake van nietigheid die door conversie kan worden geheeld. Is er geen rechtsgeldig tarief voorhanden, dan zal er geen sprake kunnen zijn van vergoeding van de waarde van de prestatie daarvoor in de plaats. Zelfs de redelijkheid en billijkheid wordt dan *overruled* door de strekking van de verbodsbepalingen uit de WTG en WMG.

Telkens zal de feitelijke handeling bezien moeten worden. In de praktijk zal dat nauwelijks neerkomen op een partiële nietigheid, nu de partijen die zich beroepen op de nietigheid veelal te maken hebben met een combinatie van de hiervoor genoemde mogelijkheden (hoger tarief dan toegestaan, andersoortig tarief of geen tarief). Juist de combinatie maakt een onverbreekelijk verband en resulteert naar ik meen in nietigheid juist vanwege het samenstel van overtredingen van de verbodsbepalingen.

Daar waar de civiele rechtsverhouding noopt tot ingewikkelde juridische constructies, is de handhaving onder de WTG niet (echt) eenvoudiger.

2.4 Toezicht en opsporing WTG

Handhaving van de WTG was belegd bij de Economische Controle Dienst ("ECD"), de bijzondere opsporingsdienst van het Ministerie van Economische Zaken en later het Ministerie van Financiën. De ECD kon op twee manieren toezien op naleving van de WTG. Naast opsporingsonderzoeken, kon de ECD ook algemeen toezichthoudend onderzoek verrichten. De ECD stelde uitsluitend een opsporingsonderzoek in, nadat van te voren was vastgesteld dat er sprake was van een vermoedelijke overtreding van een of meer van de verplichtingen en/of verboden van de WTG. De vaststelling van een overtreding kon bijvoorbeeld gebeuren aan de hand van een klacht, maar kon ook blijken uit informatie die de ECD vergaarde door middel van zogenaamd toezichthoudend onderzoek. Het toezichthoudend onderzoek van de ECD was er in eerste aanleg op gericht het

33 De Groot 1998, p. 76.

declaratiegedrag van een doelgroep in beeld te brengen, waarbij het voor de individuele beroepsbeoefenaar niet behoefte te betekenen, dat er sprake was van een overtredingssituatie. De ECD ontleende haar bevoegdheden inzake opsporing aan de WED en aan het strafprocesrecht. Met betrekking tot het toezichthoudend onderzoek kon de ECD zich op de WTG beroepen.³⁴ In de praktijk werkte de toezichthoudende taak zo dat de ECD bij signalering van een strafbaar feit een onderzoek deed naar de vermeende overtreding van de WTG en bij constatering van een overtreding proces-verbaal opmaakte. Dit proces-verbaal werd vervolgens naar het OM gestuurd. Deze besliste over verdere strafrechtelijke vervolging. Het OM bepaalde vervolgens eveneens of zaken werden geseponneerd of een transactie werd aangeboden.

Na weging door het OM van hetgeen de opsporingsambtenaren aan belastend materiaal hadden verzameld in een concreet geval, besliste het OM of het overging tot vervolging of seponering. De rechter besliste of iemand strafbaar was. Hij, die schuldig werd bevonden aan het plegen van een economisch delict, werd op grond van de WTG en WED gestraft: in geval van misdrijf, hetzij met gevangenisstraf van ten hoogste twee jaren en geldboete van de vierde categorie³⁵, hetzij met één van de andere genoemde straffen; in geval van een andere overtreding, hetzij met hechtenis van ten hoogste zes maanden en geldboete van de vierde categorie, hetzij met één van de andere genoemde straffen. De economische delicten zoals opgenomen in de WTG waren misdrijven voor zover zij opzettelijk waren begaan. Ontbrak opzet, dan was volgens de WED sprake van overtredingen.

Opzet in de zin van de WED is niet 'boos opzet', maar 'kleurloos opzet'. 'Boos opzet' houdt in dat de verdachte zich ervan bewust was dat hij ongeoorloofd handelde en dus opzettelijk de wet heeft overtreden. Voor 'kleurloos' opzet is dit niet vereist. Voldoende is dat de opzet van verdachte gericht was op de verboden feitelijke gedraging en niet op het overtreden van het voorschrift. 'Boos opzet' kent vele gradaties: variërend van lichte verwijtbaarheid (bij overtredingen) tot willens en wetens iets doen wat niet mag (bij misdrijven). Alle vormen van 'boos' opzet hebben gemeen dat de verdachte tenminste enig besef had of kon hebben of behoorde te hebben dat hij iets deed wat niet in de haak was. De Hoge Raad hanteert van oudsher een kleurloos opzet begrip voor de WED.³⁶ Dit betekent dat voor het aannemen van opzet voldoende is dat de verdachte een verboden handelen of nalaten bewust heeft gepleegd en is irrelevant of de verdachte zich daarbij bewust was van het wederrechtelijk karakter van dit handelen of nalaten.

34 Artt. 17b lid 1, 17b lid 2, 17f, 30, 32 WMG en art. 2a WED en art. 2 lid 4 WED.

35 De vierde categorie is ten tijde van dit preadvies € 20.250 per overtreding, zie art. 23 Wetboek van Strafrecht.

36 HR 18 maart 1952, NJ 1952/314, m.nt. B.V.A. Röling.

Hierop bestaan uitzonderingen. Indien de wederrechtelijkheid onderdeel uitmaakt van de delictomschrijving, is afhankelijk van de volgorde van de strafbaarstelling vereist dat het opzet ook daar op is gericht.³⁷ Wanneer de verdachte aannemelijk kon maken dat hij niet wist dat de gedraging verboden was, werd geen opzet aangenomen. De bewijslast ter zake lag echter bij verdachte en niet bij het OM. Naast deze hoofdstraffen konden er nog enkele bijkomende straffen en maatregelen worden opgelegd, zoals het ontnemen van het wederrechtelijk genoten voordeel. Dat laatste kon worden benut daar waar meer werd gedeclareerd dan toegestaan, danwel werd gedeclareerd terwijl dat niet mocht.

De WTG voorzag niet in bestuursrechtelijke sancties voor de overtreding van art. 2 WTG. Uit de jurisprudentie daar waar het de handhaving van de verbodsbepalingen onder de WTG betreft, valt op te maken dat van de strafrechtelijke handhaving maar mondjesmaat gebruik is gemaakt. Slechts 19 uitspraken zijn gepubliceerd over de jaren 1989 – 2006, waarbij in 13 gevallen sprake was van verboden tarifiering en declaratie. De vervolging is ofwel gestrand op het niet kwalificeren als orgaan in de zin van de WTG danwel het niet vast kunnen stellen dat sprake was van het in rekening brengen van tarieven in strijd met de WTG. Straffen zijn niet noemenswaardig: van boetes van NLG 2.000 tot € 10.000 met ontneming van wederrechtelijk voordeel – lees het ten onrechte in rekening gebrachte tarief – of het sluiten van een huisartsenpraktijk voor een jaar.³⁸ Vervolging op grond van het Wetboek van Strafrecht – valsheid in geschrifte, bedrog of oplichting is in al die jaren slechts tweemaal aan de orde geweest.

Niet alleen strafrechtelijke vervolging is mogelijk. Een tuchtrechtelijke klacht daar waar het gaat om het in rekening brengen van een buitensporig hoog bedrag zal onder omstandigheden kunnen slagen. Reeds in 1963 legde het toenmalig Cen-

37 Zie over het kleurloos opzet o.a. R.C.P. Haentjens en M. Jurgens, *'Opzet in het financiële strafrecht'*, in: R.C.P. Haentjens en M. Jurgens, m.m.v. M. Bijleveld (red.), *Fraude op de financiële markten*, Deventer: Kluwer 2011, p. 13-27; A.R. Hartmann en B.J.V. Keupink, *'Enkele opmerkingen over de reikwijdte van de publiekrechtelijke aansprakelijkheid bij zorgplichten in financiële toezichtswetgeving'*, in: R. Stijnen en R. Kruisdijk (red.), *Zorgplicht en financieel toezicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 98-101 en R. Stijnen, *Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 554-557.

38 Rechtbank Den Haag 8 juni 1988, *RZA* 1988, 185; Rechtbank Den Haag (President) 24 november 1987, *RZA* 1988, 31; Rechtbank Utrecht 9 februari 1990, *RZA* 1990, 107; Rechtbank Amsterdam 16 november 1993, *RZA* 1994, 57; Rechtbank Groningen 24 december 1996, *RZA* 1997, 83; Rechtbank Amsterdam 16 augustus 1998, *RZA* 1997, 26; Hoge Raad 17 december 1996, *NJ* 1997, 234; Rechtbank Rotterdam 14 oktober 1998, *RZA* 1999, 25; Rechtbank Utrecht 16 februari 1999, *RZA* 1999, 123; Hof Arnhem 8 maart 1999, *RZA* 1999, 161; Hof Den Haag 18 september 1998, *RZA* 1999, 26; Rechtbank 's-Gravenhage 4 februari 2002, *ECLI:NL:RBSGR:2002:AD8868*.

traal Medisch Tuchtcollege (het huidige Centraal Tuchtcollege) een waarschuwing op, nu “het Centraal Medisch Tuchtcollege van oordeel is, dat de bedragen welke de persoon over wie geklaagd is aan klaagster in rekening heeft gebracht, inderdaad buitensporig zijn, immers verre te boven gaan hetgeen in de gegeven omstandigheden volgens gebruikelijke maatstaven gerekend had mogen worden; Overwegende dat het bewezen verklaarde oplevert een handeling, die het vertrouwen in de stand der geneeskundigen ondermijnt³⁹”. Of de wijze van declareren tuchtrechtelijk gesanctioneerd dient te worden hangt af van de feiten en omstandigheden van het geval en zal telkens sterk feitelijk van aard zijn.

Maar ook gevolgen voor de verhouding tussen ziekenhuis en medisch specialist zijn niet uitgesloten. Het Scheidsgerecht Gezondheidszorg (“SG”) liet de opzegging van de toelatingsovereenkomst door het ziekenhuis in kwestie met de betrokken kaakchirurg in stand zonder een billijkheidsvergoeding toe te wijzen, nu de wijze van declareren van de kaakchirurg inderdaad in ernstige mate zowel ontoelaatbaar als laakbaar was. Het SG oordeelde bij tussenvonnis dat opzegging alleen gerechtvaardigd zou zijn indien vast zou komen te staan dat de kaakchirurg op een frauduleuze, of een daaraan vrijwel gelijk te stellen onbehoorlijke wijze zou hebben gedeclareerd. Het SG ziet de regels van het declareren als een kernverplichting jegens het ziekenhuis. Sprake was van het stelselmatig onjuist registreren en als gevolg daarvan door het ziekenhuis onjuist declareren op grond van de WMG.

Alles overziend kan worden geconstateerd dat toezicht en handhaving onder de WTG ad hoc verliep. Declaratiegedrag werd wel onderzocht, maar niet in die mate dat van een effectieve toezichthoudende en handhavende taakuitoefening kon worden gesproken.

2.5 *Declaratiegedrag in de zorgsector onder de WTG*

De ECD bevestigde de hiervoor gesignaleerde eigen beperkte rol onder de WTG in een rapport getiteld “1 ½ jaar controle Wet tarieven gezondheidszorg”⁴⁰, voor het eerst in 1997. Naar aanleiding van berichten in de media begin 1997, rapporteerde de minister van VWS aan de Tweede Kamer over de bevindingen van de ECD.⁴¹ Het rapport was volgens de minister geschikt om lering te trekken uit de bevindingen van de ECD en het streven naar het verbeteren van gedrag van alle partijen in het veld als het gaat om het in rekening brengen en betalen van tarieven voor prestaties van gezondheidszorg. De ECD signaleerde een aantal bevin-

39 Deze tuchtrechtelijke norm is met de Wet BIG komen te vervallen. Ook onder de Wet BIG zal het plegen van fraude onder de tweede tuchtnorm kunnen worden gebracht: art. 47 lid 1 onder b Wet BIG.

40 Het rapport zelf is niet openbaar.

41 *Kamerstukken II 1996/97, 25 432, nr. 1.*

dingen waaruit kon worden opgemaakt dat aan het frauduleuze gedrag van de zorgaanbieders verschillende oorzaken ten grondslag lagen. De bestempeling van het gedrag als “frauduleus” wordt in die tijd gebruikt als verzamelwoord voor alle overtredingen die zoal worden geconstateerd. De ECD onderscheidt een drietal categorieën:

- Allereerst de zorgaanbieders die uit onwetendheid niet-rechtsgeldige tarieven in rekening hebben gebracht. De ingewikkelde tarievenstructuur en de complexe regelgeving op dit gebied zou volgens betrokken beroepsgroepen één van de oorzaken zijn van het overtreden van de WTG;
- Dan zijn er zorgaanbieders die de wet overtreden door “creatief boekhouden”. Als excuus hiervoor voeren zij de in hun ogen ontoereikende tarieven in de Nederlandse gezondheidszorg aan. De in 1992 bij wet vastgestelde maximumtarieven zouden niet toereikend zijn. Zij geven aan dat ze alleen door middel van het onrechtmatig verhogen van de rekeningen aan een in hun ogen redelijk inkomen kunnen komen;
- Een derde door de ECD geïdentificeerde groep zorgaanbieders overtreedt bewust en openlijk de WTG uit onvrede met het beleid van VWS. Een voorbeeld daarvan vormen de overtredingen door oogartsen. Een kleine groep extramuraal gevestigde oogartsen overtreedt uit protest de WTG door tarieven in rekening te brengen waartoe zij niet gerechtigd zijn. Het protest lijkt bedoeld om aan te geven, dat de huidige tarieven niet meer aan het doel van de WTG beantwoorden waar de doelstelling spreekt van een evenwichtig stelsel van tarieven.

De eerste categorie valt onder de noemer ‘kleurloos opzet’, zoals in § 2.4 toegelicht. De laatste twee categorieën zouden kwalificeren als ‘boos opzet’. Onder de WTG wordt niettemin noch in de parlementaire geschiedenis van de WTG, noch door de minister van VWS, duidelijk gedefinieerd wat onder fraude wordt verstaan. Opzettelijk handelen in strijd met de WTG wordt ongeacht de invulling van het begrip opzet geacht onder fraude of frauduleus handelen te worden verstaan onder de WTG. Naast o.a. aandacht voor de rol van verzekeraars daar waar het gaat om het houden van zorginstellingen aan de in het kader van de WTG overeengekomen tarieven, ziet de minister van VWS in 1997 aanleiding een adequate administratie met bewaarplicht en bewaartermijnen als verplichting voor zorginstellingen als middel om een getrouw beeld van de in rekening gebrachte prestaties en de voor die prestaties ontvangen betalingen te kunnen genereren. Het samenstel aan maatregelen zou het risico op overtredingen van de WTG moeten reduceren.⁴² Uiteindelijk komen die administratievoorschriften er onder de WTG pas in 2004 met inwerkingtreding van het wetsvoorstel WTG ExPres.⁴³ Binnen de verzekeringswereld liep bij het onderwerp fraudebeheersing, de zorg-

42 *Kamerstukken II 1996/97, 25 432, nr. 1, p. 6 e.v.*

43 *Kamerstukken II 2003/04, 29 379.*

verzekeringssector achter ten opzichte van andere sectoren zoals schade en leven. Eerst medio 2000 werd een beleidsplan fraudebestrijding ontwikkeld, dat in 2001 leidde tot ondertekening van het fraudeprotocol van het Verbond van Verzekeraars door 16 zorgverzekeraars. Het Verbond van Verzekeraars definieert fraude als: “het plegen of trachten te plegen van valsheid in geschrifte, bedrog, benadeling van schuldeisers of rechthebbenden en/of verduistering, door bij de totstandkoming en/of bij de uitvoering van een overeenkomst die gericht is op het verkrijgen van een uitkering of prestatie waarop geen recht bestaat, of een verzekeringsdekking te verkrijgen onder valse voorwendselen”. Onjuistheden als gevolg van bijvoorbeeld een onopzettelijk verkeerde codering is weliswaar onjuist en wordt niet uitbetaald, maar wordt niet gerekend als fraude. Vanuit de overheid komt eerst in maart 2003 naar aanleiding van een kamerdebat op 5 februari 2003 een nadere verdieping aangaande de fraudebestrijding in de zorg.⁴⁴ Het kamerdebat vond plaats nadat ophef was ontstaan over een door de Fraude Unit Oost van het OM uitgevoerd globaal onderzoek naar mogelijke frauderisico's in de zorgsector.⁴⁵ Sinds de focus op de rol van ziektekostenverzekeraars in 1993, was namelijk sprake van toeleiding van meldingen via het door verzekeraars geleverde Fraudeloket aan het landelijk fraudemeldpunt van de Fraude Unit Oost van het OM. In de periode 1998 – 2003 ontving dat meldpunt 172 meldingen, waarvan er 28 hebben geleid tot een aangifte. Slechts in 9 gevallen werd proces-verbaal opge maakt. In drie gevallen heeft dat geleid tot oplegging van een straf en/of maatregel.⁴⁶ Deze drie zaken zijn reeds inbegrepen in het door mij in § 2.4 opgenomen aantal van 13.

De Fraude Unit Oost geeft aan dat in geval van opzet sprake is van fraude. Verschrijvingen door de vele ingewikkelde en onduidelijke voorschriften, valt daar kennelijk niet onder, nu een onderscheid, zij het onduidelijk, wordt gemaakt tussen echte verschrijvingen en “gevallen waarbij men denkt aan opzet”.⁴⁷ Het begrip ‘opzet’ wordt door de Fraude Unit Oost niet nader ingevuld. De maatschappelijke onrust die het rapport destijds teweeg bracht, mede omdat er volgens het rapport mogelijkwijs grote sommen geld zijn gemoeid met de fraude in de zorg, bracht de minister van VWS ertoe een risico-analyse uit te laten voeren van de mogelijkheden tot fraude in de zorgsector.⁴⁸ De aanpak van de fraudebestrijding tot dan toe wordt problematisch genoemd vanwege de moeilijkheid om vast te stellen of een bepaalde handeling met opzet is gepleegd. Voor vrijwel elke zorgaanbieder gelden meerdere tariefbeschikkingen. Niet alleen volgen daaruit interpretatieverschillen, maar ook ongemerkte fouten – zoals verschrijvingen –

44 *Kamerstukken II 2002/03, 28 600 XVI, nr. 112.*

45 Fraude Unit Oost, “*Zorg om zorgfraude*” september 2001, Just-03-81.

46 *Kamerstukken II 2002/03, 28 600 XVI, nr. 112, p. 3.*

47 Fraude Unit Oost, “*Zorg om zorgfraude*” september 2001, Just-03-81, p. 12.

48 CTG en Belastingdienst/FIOD-ECD, “*Frauderisico-analyse gezondheidszorg, fraude-mogelijkheden op het terrein van zorgaanbieders*”, rapport d.d. 21 maart 2003.

worden in de risico-analyse benoemd. Een klein foutje in de gegevens kan er dan al toe leiden dat er een verkeerd tarief door het systeem berekend wordt. Zonder een bekentenis kan nauwelijks bewezen worden dat de zorgaanbieder bewust het verkeerde tarief gerekend heeft, zo overwegen onderzoekers. Het rapport geeft aanleiding voor de minister van VWS een onafhankelijke frauderisico-analyse uit te laten voeren. Uit de Frauderisico-analyse gezondheidzorg⁴⁹ en het rapport Risico's op misbruik in Ziekenfondswet en AWBZ⁵⁰ komt naar voren dat de omvang zoals nog door de Fraude Unit Oost gesuggereerd niet wordt ondersteund door de analyse. Wel is de minister van VWS de mening toegedaan dat elke fraude dient te worden bestreden.⁵¹ Onder fraude wordt in beide analyses verstaan: "het bewust handelen of nalaten in strijd met wet- en regelgeving en/of het opzettelijk niet tijdig, onjuist of onvolledig verstrekken van gegevens, met het doel hierbij ten onrechte uitgaven voor verstrekkingen (daaronder begrepen verstrekkingen in natura) en/of uitgaven voor beheer ten laste van de zorg bestemde (particuliere en publieke) middelen te brengen, minder te betalen ten bate van die middelen, of er extra inkomsten uit te ontvangen".⁵² Fraude wordt weliswaar beperkt tot opzet, maar die opzet wordt ook in voornoemde rapporten niet ingevuld. Als essentieel kenmerk wordt zelfverrijking als intentie als onderdeel van de opzet opgevoerd.⁵³ Terecht acht Van der Veen het onjuist om niet-correcte declaraties volledig te vereenzelvigen met fraude. Onjuiste declaraties kunnen immers ook veroorzaakt worden door onduidelijke regels of afspraken, en door fouten of onjuiste procedures in administratieve systemen; verschrijvingen worden uitgelokt door de vele ingewikkelde en onduidelijke voorschriften. Het gaat dan om zorgaanbieders die uit onwetendheid niet-rechtsgeldige tarieven in rekeningen brengen als gevolg van de ingewikkelde tarievenstructuur, de complexe regelgeving, of doordat het in rekening brengen volledig geautomatiseerd plaatsvindt en zich onttrekt aan de waarneming van de betrokken zorgverleners. Fraude is volgens Van der Veen het verkrijgen van financieel voordeel, door misbruik te maken van geschonken vertrouwen, waarbij dit voordeel wordt verkregen door verzwijging, verkeerde opgave van informatie en bedrog. Uiteraard laat dat de onrechtmatigheid onverlet (en de verantwoordelijkheid van betrokkenen als professionals de regelgeving juist toe te passen), maar indien onjuiste declaratie onopzettelijk plaatsvindt, is het geen fraude. De definitie zoals door Van der Veen gehanteerd wordt – zij het door hem met een slag om de arm daar waar de beperkte uitwerking van het begrip betreft – door de toenmalige minister van VWS omarmd.⁵⁴

49 Prof. dr. Romke van der Veen en dr. Nico Groenendijk, *"Frauderisico-analyse gezondheidzorg"*, 28 maart 2003.

50 College van toezicht op de zorgverzekeringen, *"Risico's op misbruik in Ziekenfondswet en AWBZ"*, maart 2003.

51 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 828, nr.2, p. 9.

52 Van der Veen 2003, p. 9 e.v.

53 Van der Veen 2003, p. 8.

54 *Kamerstukken II 2002/03*, 28 828, nr.2, p. 9

Voor zorgaanbieders en vrijgevestigd beroepsbeoefenaren worden de mogelijkheden tot fraude bepaald door de aard van de tarievenstructuur. Van Veen beschrijft het treffend: “hoe complexer de tarieven hoe groter de mogelijkheid tot frauderen”. In het verlengde daarvan zou mijns inziens ook goed opgaan: “hoe complexer de tarieven hoe groter de kans op verschrijvingen, onduidelijkheden en onregelmatigheden”. Eenduidige regelgeving is de sleutel tot het minimaliseren van verschrijvingen, interpretatieverschillen en frauderisico’s. De beheersingsmaatregelen daar waar het de financieel-administratieve kaders betreft waarbinnen de gezondheidszorg wordt uitgevoerd brengen ongewenste en onbedoelde effecten met zich. Die effecten kunnen immers ook bestaan uit onvoorziene gevolgen van de beheersingsmaatregelen die zij hebben voor de kwaliteit en het aanbod van de zorg. Juist die effecten worden in de WTG niet meegewogen of beter gezegd, geconstateerd kan worden dat de WTG niet mee beweegt. Een overtreding van de WTG is een economisch delict, ongeacht onvoorziene gevolgen van de beheersingsmaatregelen die zij hebben voor de kwaliteit en het aanbod van de zorg. In geen van de in de door de ECD en het OM vervolgde casus wordt overwogen op welke wijze de complexiteit van het systeem zelf een rol speelt en of deze een rol speelt in die mate dat van de strafbaarheid van de overtreding dient te worden afgezien.

De periode tussen 1997 – 2004 kenmerkt zich door de bewustwording van de frauderisico’s niet alleen aan de zijde van de zorgvrager, maar juist ook aan de zijde van zorgverleners. Om die zorgverleners wordt een samenstel van maatregelen ingezet om zo niet alleen vanuit de overheid, maar juist ook vanuit ziektekostenverzekeraars frauderisico’s te onderkennen en stelselmatig te onderzoeken bij wege van controles. De overheid helpt die private toezichthouder in het zadel, door de controles mogelijk te maken. Het wetsvoorstel WTG ExPres⁵⁵ treft fraudemaatregelen in de WTG waarmee wordt beoogd transparantie inzake prestatie en tarief te bevorderen en misverstanden, vergissingen en fraude door zorgaanbieders, patiënten en verzekeraars tegen te gaan. Het wetsvoorstel staat niet op zichzelf. Het is een onderdeel van een bredere aanpassing van de gezondheidszorgwetgeving om gereguleerde concurrentie mogelijk te maken. De prestatiebekostiging op basis van DBC’s voor de cure en de GGZ doet zijn (gefaseerde) intrede.⁵⁶ Met inwerkingtreding van de WTG ExPres⁵⁷, wordt de WTG versterkt met een

55 *Kamerstukken II 2003/04, 29 379, nrs. 1–2*, De naam WTG ExPres is ontleend aan het scheppen van mogelijkheden voor experimenten en het faciliteren van prestatiebekostiging.

56 Onder prestatiebekostiging wordt verstaan de bekostiging per prestatie, ongeacht hoe die prestatie verder wordt beschreven of genoemd. Als prestaties worden in de AWBZ zorgfuncties beschouwd, in de curatieve zorg in het tweede verzekeringscompartiment wordt gesproken over verrichtingen, zittingen, consulten, diagnose behandelingcombinaties (dbc’s).

57 *Stb. 2005, 42*, inwerkingtreding 1 februari 2005.

aantal fraudemaatregelen. Een algemeen administratievoorschrift wordt toegevoegd om een administratie te voeren waarin niet alleen de geleverde prestaties zichtbaar zijn, maar ook de daarvoor in rekening gebrachte tarieven en de in verband daarmee ontvangen of verrichte betalingen en vergoedingen aan derden. De informatieplicht wordt ondersteund door de bevoegdheid tot het toepassen van bestuursdwang (waaronder begrepen de bevoegdheid tot het opleggen van een dwangsom) bij niet naleving van die voorschriften. Tijdige patiëntinformatie zou ervoor moeten zorgen dat zorgaanbieders hun patiënten zorgvuldig en tijdig informeren omtrent het voor de prestatie in rekening te brengen tarief. Daarbij komt nog strafbaarheid van alle verzekeraars – aldus ook een verzekeraar als bedoeld in de Wet toezicht verzekeringsbedrijf 1993, voor zover niet al begrepen onder ziektekostenverzekeraars in de zin van de WTG. Dat voorkomt dat de bepaling alleen ziektekostenverzekeraars treft en niet verzuim- of andere schadeverzekeraars, waardoor het effect van het verbod via een omweg kan worden tenietgedaan. En tot slot de instelling van een Meldpunt Onregelmatige Declaraties. De bredere aanpassing van de gezondheidszorgwetgeving krijgt naast invoering van de Zorgverzekeringswet per 16 juni 2005, per 1 oktober 2006 zijn beslag door invoering van de WMG.⁵⁸

3 De WMG en fraude

3.1 *Historie*

Per 1 oktober 2006 is de WMG in werking getreden. Deze wet is bedoeld om de gereguleerde marktwerking in goede orde te laten verlopen. Bij deze wet is de NZa officieel ingesteld als zelfstandig bestuursorgaan, bewust op afstand van VWS. Zij is de rechtsoptvolger van het CTG, dat in 2006 reeds de toevoeging ‘Zorgautoriteit in oprichting’ in zijn naam meedroeg, en het College toezicht zorgverzekeringen. De WMG kent ten opzichte van de WTG, waar zij de opvolger van is, een uitgebreider instrumentarium voor het reguleren van markten, prijzen en prestaties en het versterken van de positie van consumenten. Daarnaast verschaft de WMG het wettelijk kader voor de NZa en het toezicht op de uitvoering van de WMG, de Zvw en de AWBZ. Het is de taak van de NZa om binnen het politieke kader nadere invulling te geven aan de ordening en regulering van de markt, door prestaties te beschrijven, de ontwikkelingen op de markt te monitoren, bekostigingssystemen uit te werken en te implementeren en toezicht te houden op de naleving van de WMG, Zorgverzekeringswet en AWBZ. De Memorie van Toelichting bij de WMG stelt dat, binnen het sectorspecifiek markttoezicht, het van belang is dat de WMG de marktpartijen zoveel mogelijk ‘reguleringszekerheid’ biedt. Dit houdt in dat de aanbieders en verzekeraars vol-

58 *Stb.* 2006, 415, inwerkingtreding 1 oktober 2006.

doende zekerheid dienen te krijgen om investeringen terug te verdienen of om nieuwe markten te betreden. Dit betekent dat regulering niet vooraf alles moet dichttimmeren. Het gaat dan ook om de juiste balans tussen reguleren waar nodig en vrijheid geven waar mogelijk. De NZa dient haar toezicht conform deze doelstellingen vorm te geven en uit te voeren. Alle drie de fasen van het toezicht, het verzamelen van informatie, het beoordelen van deze informatie en het interneren dienen volgens deze redeneerlijn te worden uitgevoerd.⁵⁹ Voor het interneren heeft de NZa, als sectorspecifiek markttoezichthouder, het volgende wettelijk instrumentarium:

- Het reguleren van tarieven op de zorginkoopmarkt;
- Het reguleren van deelmarkten met vrije tarieven;
- Het reguleren van productomschrijvingen, contractvoorwaarden en transparantie;
- Het stellen van administratie-eisen;
- Handhaving, door middel van aanwijzing, bestuursdwang en last onder dwangsom, en de bestuurlijke boete;
- Het signaleren aan de minister en andere toezichthouders.

De Memorie van Toelichting benoemt nadrukkelijk dat de NZa door middel van deze instrumenten heeft te voldoen aan de doelstelling dat zij alleen op dient te treden wanneer publieke belangen aantoonbaar worden geschaad en tot die tijd afstand te bewaren.⁶⁰ Wanneer publieke belangen aantoonbaar worden geschaad, wordt niet nader geduid anders dan de overkoepelende doelstelling van de WMG houdende het realiseren van een innovatief zorgaanbod met een goede prijs-prestatieverhouding en de houdbaarheid van het stelsel op langere termijn. De NZa zelf als toezichthouder ziet het moment van ingrijpen pas op het moment dat *high trust* wordt geschonden, eerst dan is *high penalty* aan de orde. In de WMG wordt in plaats van de economische delicten een bestuursrechtelijk handhavingkader ten behoeve van de NZa geïntroduceerd.⁶¹ Daar waar het gaat om declaraties in strijd met de WMG, keert art. 2 WTG aangevuld terug in art. 35 WMG. De *high penalty* is neergelegd in art. 85 WMG. Daar waar de WTG nog overtredingen van de WTG kwalificeert als economische delicten met naast een hechtenis een boete van de vierde categorie (met een boete van € 20.250 per overtreding), maakt de

59 *Kamerstukken II 2004-2005*, 30 186, nr.3, p.5.

60 *Kamerstukken II 2004-2005*, 30 186, nr.3, p.13.

61 De FIOD-ECD heeft op grond van de WTG een rol bij het verzamelen van beleidsgegevens, toezicht en opsporing van strafbare feiten bij zorgaanbieders en verzekeraars. De FIOD-ECD doet voor het CTG ook thematische onderzoeken. Verder is de FIOD-ECD belast met de opsporing van strafbare feiten op grond van de WED en daarmee samenhangende overtredingen van het algemeen strafrecht. De rol van de FIOD-ECD is gehandhaafd, mede met het oog op het bestrijden van fraude in de zorg. De medewerkers van de FIOD-ECD worden daarom ook aangewezen als toezichthouder op grond van art. 72 WMG.

WMG het de NZa mogelijk boetes op te leggen van ten hoogste € 500.000, of als dat meer is, een maximum van 10% van de onderneming in Nederland.⁶²

3.2 Kern WMG

Art. 35 lid 1 WMG verbiedt zorgaanbieders – net als art. 2 WTG – om declaraties in te dienen of tarieven in rekening te brengen die in strijd zijn met de tarief- en prestatieregulering. Een zorgaanbieder is volgens art. 1, onder c sub 1 WMG, de natuurlijke persoon of rechtspersoon die beroeps- of bedrijfsmatig zorg verleent. Dat is dus zowel de instelling (rechtspersoon) als de individuele zorgverlener. Het verbod geldt ongeacht de vraag aan wie de zorgaanbieder een tarief in rekening brengt en geldt bovendien ook indien een tarief in rekening is gebracht aan een andere zorgaanbieder. Andersom bevat art. 35 leden 2 en 3 verboden die zien op het betalen door een ziektekostenverzekeraar of andere zorgaanbieder van een onjuist tarief. De straffen die de NZa kan opleggen voor overtreding van art. 35 WMG, kunnen dus ook aan individuele zorgverleners worden opgelegd. Ook individuele functioneel leidinggevendenden, zoals zorgbestuurders, kunnen persoonlijk een boete opgelegd krijgen.⁶³ Het is overigens de vraag wat de NZa als uitgangspunt neemt als zij naast de zorginstelling ook bestuurders en zorgverleners een boete wenst op te leggen. Het komt mij voor dat natuurlijke personen niet de omzet als genoemd in art. 85 lid 2 als boetegrondslag opgelegd kunnen krijgen als zij binnen de onderneming werkzaam zijn. Dat zal anders kunnen zijn als zij worden geacht een onderneming te drijven, zoals fysiotherapeuten of psychiaters. Maar ook de huidige Medisch Specialistische Bedrijven binnen ziekenhuizen zullen kunnen worden ‘gekoppeld’ aan een omzet uit onderneming. Die laatste zijn immers als gevolg van het per 1 januari 2015 ingevoerde integrale tarief te beschouwen als onderneming die een tarief en kosten in rekening brengt aan het betreffende ziekenhuis. Net als het geval bij art. 2 WTG, geldt ook onder art. 35 WMG dat niet de afspraak houdende het onjuiste tarief of betaling, maar het in rekening brengen of betalen nietig *kan* zijn. Zie daarvoor in die zin eerder § 2.3 hiervoor.

Daar waar de restitutie aan ziektekostenverzekeraars van onjuiste facturen niet vrijwillig tot stand komt vanuit de zorgaanbieder, hebben ziektekostenverzeke-

62 De onderneming in Nederland wordt beoordeeld door het gehele concern als uitgangspunt te nemen voor de bepaling van de omzet. Bestuurlijk gefuseerde zorginstellingen kunnen aldus niet de omzet van slechts een van de bestuurlijke fusiepartners als uitgangspunt nemen: de NZa telt de omzet van alle fusiepartners bij elkaar op. Dat zal in de regel altijd wel een hoger bedrag betreffen dan € 500.000. zouden mogen krijgen. Dat zal anders kunnen zijn als het gaat om natuurlijke personen zorgverleners vrijgevestigden die zelfstandig of in maatschapsverband een praktijk voeren.

63 Vgl. in die zin ook Rechtbank Rotterdam 19 juni 2014 ECLI:NL:RBROT:2014:4751.

raars reeds meerdere keren in rechte terugbetaling van onjuiste facturen gevorderd.⁶⁴ Op grond van een vordering uit onverschuldigde betaling danwel onrechtmatige daad gecombineerd met een vordering uit hoofde van bestuurdersaansprakelijkheid (art. 2:9 en 6:162 BW) wordt door ziektekostenverzekeraars succesvol de restitutie alsnog afgedwongen.

Het CBB oordeelde eerder dat het begrip «prestatie» in de WMG materieel omschreven is als de levering van zorg door een zorgaanbieder en daarmee dat niet-geleverde zorg geen prestatie is in de zin van de WMG en derhalve buiten de reikwijdte van de bovenbedoelde verboden valt. Dit betekent dat de NZa bijvoorbeeld niet bestuursrechtelijk kan optreden tegen zorgaanbieders die spooknota's in rekening brengen en dat dergelijke fraude alleen via het commune strafrecht kan worden aangepakt (valsheid in geschrifte, oplichting etc.).⁶⁵ Naast een aantal andere beoogde wijzigingen van de WMG is deze omissie voorgesteld op te lossen door een nieuw art. 35, eerste lid, onderdeel e WMG, waarin een verbod voor een zorgaanbieder is opgenomen om een tarief in rekening te brengen voor zorg die niet is geleverd. De NZa krijgt daarmee de bevoegdheid om bestuursrechtelijk op te kunnen treden tegen zorgaanbieders die spooknota's versturen. Deze bestuursrechtelijke bevoegdheid doet niets af aan de civielrechtelijke mogelijkheden voor de ziektekostenverzekeraar of de patiënt om de spooknota niet te betalen dan wel een reeds betaalde spooknota met een beroep op de onverschuldigheid van de betaling terug te vorderen. Ingevolge artikel 35, derde lid WMG, is het ziektekostenverzekeraars immers verboden een spooknota te betalen of aan een derde te vergoeden.⁶⁶

3.3 Handhaving

Bij handhaving gaat het om bestuursrechtelijke en strafrechtelijke handhaving. De NZa doet de bestuursrechtelijke handhaving, het OM de strafrechtelijke.⁶⁷ Over die verdeling pleegt te worden overlegd tussen de NZa en het OM op grond van samenwerkingsafspraken. Dat dat nog niet gemakkelijk is, illustreert de politieke commotie die is ontstaan na de bestuursrechtelijke handhaving in het geval

64 Rechtbank Midden-Nederland 1 mei 2013 ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ9507; Rechtbank Rotterdam 17 juli 2013 ECLI:NL:RBROT:2013:5587 en Rechtbank Midden-Nederland 9 juli 2014 ECLI:NL:RBMNE:2014:2742.

65 CBB 28 januari 2010, LJN BL2085(Craenen/Orde versus NZa).

66 *Kamerstukken II* 2013/14, 33 980, nr. 3.

67 In de eerste Evaluatie Wet Marktordening Gezondheidszorg, ZonMw september 2009, p. 147 e.v. werd geconstateerd dat de NZa wat effectiviteit en slagvaardigheid daar waar het toezicht en handhaving betrof nog maar weinig uit de verf kwam. De nadruk lag op informeel en preventief toezicht. De vraag was destijds of de NZa de omslag naar meer repressief toezicht daadwerkelijk zou kunnen maken.

van het St. Antonius Ziekenhuis.⁶⁸ Het St. Antonius Ziekenhuis werd een boete van 2,5 miljoen euro opgelegd wegens niet correct declareren. De NZa startte in 2013 een onderzoek vanwege signalen van mogelijk niet correct declareren op een viertal zorgtrajecten. Het ziekenhuis liet daarop een al eerder ingezet extern onderzoek doen naar het gehele declaratieproces. Dat leverde 26 verbeterpunten op en een totaal van 24,6 miljoen euro aan niet correcte declaraties. De verkeerde declaraties werden verstuurd in de periode van 2008 tot en met 2012. Het ging om jaarlijks 1% van de omzet. De Tweede Kamer vroeg zich af waarom de kwestie niet strafrechtelijk was onderzocht.⁶⁹ De samenwerking tussen NZa, het OM en de FIOD-ECD is neergelegd in een protocol, waarvan het eerste op 25 augustus 2010 overeen werd gekomen.⁷⁰ Het eerste protocol dat tot 19 september 2014 heeft gegolden, gaf de NZa de ruimte te beoordelen of sprake is van samenloop, dat wil zeggen situaties waarin de NZa een bestuurlijke boete op kan leggen en het OM vervolging in kan stellen. Alleen als sprake is van samenloop in de zin van het protocol, werd de zaak door de NZa voorgelegd ter afstemming door de betrokken gremia tijdens een zeswekelijks overleg. Nu de NZa had geoordeeld dat van opzet – en dus fraude – geen sprake was, was er volgens de NZa geen sprake van samenloop en werd de zaak conform protocol niet gemeld. Vanaf 19 september 2014, de datum ondertekening van het opvolgende protocol, is die beoordeling anders ingericht.⁷¹ Niet alleen is het aantal partijen uitgebreid met o.a. de IGZ, ook de samenloop is op een andere manier ingericht. Eens per maand zijn de betrokken gremia verplicht betekenisvolle overtredingen van gezondheidswetgeving voor te leggen aan het Functioneel Parket van het OM. Betekenisvol is gedefinieerd als die zaken waar *over het algemeen* sprake zal zijn van opzettelijk handelen. Uit de omstandigheden die bij die beoordeling in aanmerking worden genomen, maak ik op dat de kwalificatie opzet er niet werkelijk toe doet. Zo is van belang de mate van aantasting van integriteit van het zorgstelsel en de mate van impact op individuele slachtoffers, benadeelden en/of de maatschappij.⁷² Het thans geldende protocol volgend zal elk onderzoek dat door de NZa wordt uitgevoerd danwel signaal waarop wordt geacteerd welhaast op de agenda van het maandelijks overleg worden geplaatst. Het is niet meer de NZa die beslist of er sprake is van samenloop. Volgens het nieuwste protocol beslist het Functioneel Parket van het OM of de voorgelegde zaken strafrechtelijk zullen

68 http://www.nza.nl/104107/421471/1010407/Boetebesluit_St._Antonius_Ziekenhuis..pdf.

69 *Kamerstukken II* 2013/14, Handelingen 100, Afstemming tussen NZa en OM bij groot fraudeonderzoek.

70 Protocol over de wijze van behandeling van aangelegenheden van wederzijds belang en het verzamelen van informatie ten behoeve daarvan, tussen de NZa, het OM en de FIOD-ECD d.d. 25 augustus 2010.

71 Protocol normnaleving zorgsector, tussen Functioneel Parket, de FIOD, de Inspectie SZW, de NZa en de IGZ d.d. 14 september 2014.

72 Art. 2 sub a Protocol normnaleving zorgsector.

worden afgedaan of dat wordt afgezien van strafvervolging.⁷³ Het nieuwe protocol heeft de eerste vruchten reeds afgeworpen: niet alleen het door de NZa ingestelde onderzoek bij het VUmc wordt thans door het Functioneel Parket van het OM voortgezet, ook het Amphia Ziekenhuis is onderwerp van strafrechtelijk onderzoek.⁷⁴ Dat neemt niet weg dat nog niet is besloten tot strafvervolging over te gaan. Het is heel wel mogelijk dat deze weg is gekozen om via deze weg strafrechtelijk onderzoek in te zetten om de feiten vast te stellen om vervolgens af te zien van vervolging en de NZa te laten beslissen of in de alsdan voorgelegde zaken bestuursrechtelijk zal worden gehandhaafd.⁷⁵ Gegevens die worden verzameld door het OM mogen worden uitgewisseld met de NZa. Zo volgt uit het protocol. De basis voor de uitwisseling van gegevens tussen politie/OM naar de NZa kan worden gevonden in art. 8a, 9 en 39 f Wet justitiële en strafvorderlijke gegevens en art. 19 Wet politiegegevens.⁷⁶ Andersom kan die basis worden gevonden in art. 70 Wmg. Het is weliswaar de basis voor gegevensuitwisseling, maar meer uitgewerkt zou moeten worden voor welk doel welke informatie kan worden uitgewisseld, en op welke wijze wordt gewaarborgd dat in dit geval OM en de NZa niet meer informatie ontvangen dan noodzakelijk in het licht van dat doel. Het Protocol gaat aan die waarborgen geheel voorbij (zie art 5 en 6).

Het Protocol gaat naar mijn mening bovendien verder dan de WMG destijds bij inwerkingtreding beoogde. Bedoeling was dat strafrechtelijke handhaving vooral aangewezen was bij zware overtredingen, bijvoorbeeld valsheid in geschrifte, oplichting en ander frauduleus handelen.⁷⁷ In het verlengde daarvan beoogde de wetgever de vaststelling van een handhavingsplan door de NZa waarin aan werd gegeven hoe gebruik zou worden gemaakt van de verschillende taken en bevoegdheden inzake de handhaving. Dat zou zelfs zo ver moeten gaan dat daarbij dient te worden aangegeven welke overtredingen in beginsel bestuurlijk zullen worden afgedaan en welke overtredingen in overleg met het College van Procureurs-generaal voor strafrechtelijke afhandeling in aanmerking zullen komen.⁷⁸ Voor het opleggen van een bestuurlijke boete door de NZa was bedoeld alleen gemakkelijk waarneembare overtredingen in aanmerking te laten komen. Dat wil zeggen overtredingen van bepalingen die geen enkele ruimte laten voor eigen afwegingen bij de naleving. Moeilijke en zware zaken werden bestemd voor strafrechtelijke afhandeling. Wat onder moeilijke of zware zaken werd verstaan is niet nader beschreven. Het thans geldende Protocol normnaleving zorgsector gaat

73 Art. 4 Protocol normnaleving zorgsector.

74 <http://fd.nl/economie-politiek/1084752/vumc-krijgt-bezoek-van-fiod>.

75 Art. 5 Protocol normnaleving zorgsector.

76 Zie uitvoerig ook over andere dwarsverbanden, Rapport “Gegevensuitwisseling door Toezichthouders Onderzoek” uitgevoerd in opdracht van het WODC, Prof. dr. A.J.C. de Moor-van Vugt e.a., juni 2012.

77 *Kamerstukken II 2004/05 30 186*, nr. 3., p. 25.

78 *Kamerstukken II 2004/05 30 186*, nr. 3., p. 79.

aan doel en strekking van de WMG, naar ik meen, ten onrechte voorbij.⁷⁹ De NZa dient de beslissing van het Functioneel Parket van het OM altijd te eerbiedigen.

Onduidelijkheid over het hebben van een aangifteplicht bij zorgfraude voor instanties, waaronder ziektenkostenverzekeraars, heeft ertoe geleid dat de algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van artikel 162, vierde lid, van het Wetboek van Strafvordering in verband met verduidelijking van de aangifteplicht bij zorgfraude is gewijzigd en wel in die zin dat zorgverzekeraars een aangiften informatieplicht hebben.⁸⁰ In artikel 162, vierde lid van het Wetboek van Strafvordering wordt bepaald welke (organen van) rechtspersonen dezelfde aangiften informatieplicht krijgen als die op grond van artikel 162, eerste en tweede lid, van het Wetboek van Strafvordering geldt voor openbare colleges en ambtenaren. Voor opname in het besluit moet de betrokken rechtspersoon met de uitvoering van een overheidstaak zijn belast waarbij het mede van belang is of de werkzaamheden al dan niet uit openbare middelen worden bekostigd.⁸¹ De zorgverzekeraars voldoen aan de bovengenoemde criteria, zo stelt de Minister van Veiligheid en Justitie, nu een persoon die van rechtswege verzekerd is voor de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, zich ingevolge artikel 2, eerste lid, van de Zorgverzekeringswet, krachtens een zorgverzekering moet verzekeren. Het feit dat een zorgverzekering een privaatrechtelijke schadeverzekeringsovereenkomst is, doet niets af aan de wettelijke taak. De formele wetgever rekent de zorgverzekeraars tot de rechtspersonen die een bij of krachtens de wet geregelde taak uitoefenen en daartoe geheel of gedeeltelijk worden bekostigd uit de opbrengst van bij of krachtens de wet ingestelde heffingen.⁸²

Een en ander heeft tot gevolg dat ziektekostenverzekeraars indien zij bij het uitvoeren van formele of materiële controles of anderszins op de hoogte raken van bijvoorbeeld oplichting, valsheid in geschrifte of bedrog verplicht zijn aangifte daarvan te doen en alle stukken terzake aan de Officier van Justitie over te dragen. De aangifteplicht geldt niet voor zorgaanbieders of consumenten. Over 2013 was sprake van € 9,4 mln. aan door ziektekostenverzekeraars ontdekte en teruggevorderde fraude.⁸³ Grote vraag zal zijn of justitie die aangiften allemaal zal kunnen verwerken. Maar ook of ziektekostenverzekeraars überhaupt geschikt zijn onderscheid te kunnen maken tussen onregelmatigheden of bedrog. En of de aangifteplicht, ook als die niet aan de orde is gezien het samenstel van feiten, niet door ziektekostenverzekeraars bij gelegenheid zal worden gebruikt om de terugvordering op basis van controles kracht bij te zetten.

79 Zie voor een overzicht Andersson Elffers Felix, *“Verkenning opsporingsfunctie in de zorg”* Eindrapport, september 2014.

80 *Stcrt.* 2014 nr. 35128 9 december 2014.

81 *Kamerstukken II* 1984/85, 18 054, nr. 11, p. 2.

82 *Stb.* 2014, nr. 456, p.3 Nota van toelichting.

83 Zie voetnoot 5.

3.4 Boete als middel

Maar ook de door de NZa door de jaren heen opgestelde handhavingskaders scheppen niet de voor de zorgaanbieder gewenste duidelijkheid.⁸⁴

De NZa is bevoegd om zorgaanbieders een aanwijzing te geven in verband met de naleving van de WMG.⁸⁵ Ter handhaving van een aantal geboden en om haar aanwijzingen kracht bij te zetten, kan de NZa bestuursdwang toepassen. Ingevolge art. 5:32 van de Awb kan de NZa indien bevoegd om bestuursdwang toe te passen, in plaats daarvan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.⁸⁶ Het sluitstuk vormt het opleggen van een boete.⁸⁷ Een bestuurlijke sanctie is een reactie van een bestuursorgaan hetzij gericht op herstel, hetzij gericht op straf. Herstelsancties zijn toekomstgericht en beogen herstel van een onrechtmatige in een rechtmatige toestand.⁸⁸ Van een bestraffende sanctie is sprake als de sanctie strekt tot leedtoevoeging. Deze leedtoevoeging heeft vergelding en preventie ten doel. Het vergeldingsaspect pleegt voorop te staan.⁸⁹ Herstelsancties kunnen zich richten op het wegnemen van de gevolgen van de overtreding of het ongedaan maken. De dader moet voelen dat hij fout zit. Een bestraffende sanctie kan volgens Albers alleen worden opgelegd aan een overtreder als hem van de overtreding *een verwijt* kan worden gemaakt. Van leedtoevoeging is sprake als de sanctie verdergaat dan herstel van de (on)rechtmatige toestand vergt. De boete zoals opgenomen in art. 85 WMG voor zorgaanbieders kwalificeert zonder meer als bestraffende sanctie. Het gaat immers verder dan het restitueren van te veel gedeclareerde of betaalde tarieven. Bij een *zware* boeteoplegging gelden dan ook alle waarborgen uit art. 6 en 7 van het EVRM: o.a. recht op een eerlijk proces, de onschuldpresumptie en het zwijgrecht, zoals voor de bestuurlijke boete ook neergelegd in Hoofdstuk 5 van de Awb. De minister van VWS karakteriseerde de boete op grond van art. 85 WMG als het “geven van de NZa van echte tanden”. Tegelijkertijd werd bij de inwerkingtreding van de WMG benadrukt dat de NZa in het algemeen bij niet-spoedeisende zaken zou kiezen voor een behoedzame strategie als het gaat om handhaving. Dus niet steeds meteen met boetes en dwangsommen beginnen, maar eerst met gesprekken en overredingskracht proberen om waar nodig de organisaties en de uitvoering bij te sturen.

84 NZa “Plan handhaving”, september 2007 en Beleidsregel TH/BR-004 Handhaving, “De invulling van het handavingsbeleid van de NZa”, maart 2012.

85 Art. 76 WMG.

86 Art. 80 en 81 WMG.

87 Art. 85 WMG.

88 Zie ook uitvoerig Preadvies mr.dr. C.L.G.F.H. Albers voor de VAR Vereniging voor bestuursrecht, “Bestraffend bestuur 2014, naar een volwassen bestraffend bestuurs(proces)recht?”, Boom Juridische uitgeverij den Haag 2014, p. 7 – 104.

89 W.P.J. Pompe, “Handboek van het Nederlands strafrecht”, W.E.J. Tjeenk Willink 1959, Zwolle, p. 7.

De NZa heeft pas sinds 1 april 2012 beleid bekend gemaakt op basis waarvan boetes worden opgelegd en berekend.⁹⁰ Anders dan volgens Albers geldt en anders dan doel en strekking van de WMG, is de NZa bevoegd een boete op te leggen bij *elke* overtreding van art. 35 WMG. Onderscheid tussen verwijt of onduidelijkheden wordt daarbij niet gemaakt. De evenredige boete wordt door de NZa gevonden in de boetegrondslag en de ernst van de overtreding in samenhang met de ernstfactor. Vervolgens vindt bijstelling van de basisboete plaats aan de hand van boeteverhogende of –verlagende omstandigheden.⁹¹

Verwijtbaar zou het bijvoorbeeld kunnen zijn als de zorgaanbieder onvoldoende toezicht houdt op het interne registratie- en declaratieproces. Niet verwijtbaar zou dan zijn het onjuist declareren als gevolg van onduidelijkheden in regelgeving of ‘optimaal’ declareren binnen de marges van de WMG, waarvan achteraf blijkt dat de interpretatie te ruim is geweest. Denk bijvoorbeeld aan oplossingen die worden gekozen om het de patiënt gemakkelijk te maken om op een en dezelfde dag onderzoek, diagnose en behandeling te ontvangen maar waarvoor op grond van de geldende systematiek niet meerdere DBC’s mogen worden geopend. Dat alles doet de NZa niet.

In feite komt de NZa tot de boetehoogte door terug te redeneren vanuit de maximaal mogelijk op te leggen wettelijke boete naar de uiteindelijke hoogte op grond van boeteverlagende factoren of zelfs terug na verlaging te verhogen op grond van boeteverhogende factoren. Onder boeteverlagende omstandigheden krijgt de verwijtbaarheid geen plaats. Het wordt eerder gezocht in het zelf melden van overtredingen door een zorgaanbieder, het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding of verdergaande medewerking verlenen aan het onderzoek. De verwijtbaarheid lijkt daarentegen juist tot uitdrukking te zijn gebracht in de boeteverhogende omstandigheden.⁹² Sijmons omschrijft het ook wel als het disciplineren van het veld tot een juiste interpretatie van de regels via boetebesluiten. Temeer daar alle onjuiste declaraties in principe tot torenhoge boetes kunnen leiden (maximum 10% van de omzet, zie art. 85 lid 2 Wmg).⁹³ Matiging van de boete zal voor zorgaanbieders geconfronteerd met een onderzoek door de NZa prioriteit zijn. Al was het maar om de commotie in media en het negatieve effect van *naming and shaming*. Om nog maar te zwijgen over de suggesties van zorgfraude en het niet kunnen scheiden van fraude van onregelmatigheden, onduidelijkheden e.a. Niet een weloverwogen stelsel van bestuursrechtelijke sancties ligt ten

90 Beleidsregel bestuurlijke boete Wet marktordening gezondheidszorg AL/BR-0008.

91 Art. 5 e.v. Beleidsregel bestuurlijke boete Wet marktordening gezondheidszorg AL/BR-0008.

92 Art. 8.4 Beleidsregel bestuurlijke boete Wet marktordening gezondheidszorg AL/BR-0008.

93 <http://www.skipr.nl/actueel/id17774-nza-en-de-boemerang-van-de-zorgfraude.html>.

grondslag aan de handhaving op grond van de WMG. Veeleer de eigenrichting van de overheid, of de overheid als belanghebbende voert de boventoon.⁹⁴ Slechts als de overtreding van de WMG laakbaar is, zou een boete naar mijn mening evenredig, proportioneel en dus opportuun zijn. De enige sanctie voor niet laakbaar gedrag, maar niettemin een overtreding van de WMG, zou dan behoren te worden gericht op het ongedaan maken van de overtreding. In het geval van art. 35 WMG zou dat betekenen het restitueren van te veel gedeclareerde bedragen aan ziektekostenverzekeraars of patiënten, afhankelijk van de rechtsverhouding die ten grondslag ligt aan de betaling of facturatie van de zorg.

In vergelijking met het strafrecht valt op dat het bestuursrecht geen voor dit rechtsgebied algemene boetecategorieën kent, maar alleen in bijzondere wetten vermelde boetebedragen die ten hoogste kunnen worden opgelegd. Zie art.5:46 lid 1 Awb. Voor het overige geeft de Awb geen regels die in acht moeten worden genomen bij de vormgeving van een boetestelsel. Het zou voor de zorgaanbieder daarenboven niet uit moeten maken of deze wordt beboet via het bestuursrecht dan wel het strafrecht. Dat verschil is er thans wel: strafrechtelijk kan maximaal een boete van de vierde categorie worden opgelegd per overtreding (€ 22.500) met bijkomende maatregelen zoals het ontnemen van wederrechtelijk voordeel. Bestuursrechtelijk kan de NZa een maximale boete opleggen van € 500.000, of als dat meer is 10% van de omzet van de onderneming van de zorgaanbieder, eveneens per overtreding.

Accountants hanteren bij de controleverklaringen bij de financiële overzichten van de medisch specialistische zorg een marge van 3%. Het door de accountant uitgevoerde onderzoek over 2013 moest met een betrouwbaarheid van 95% en een nauwkeurigheid van 97% worden uitgevoerd. Dit wil zeggen dat de verantwoording met een zodanig zekerheidsniveau moet worden gecontroleerd dat met 95% betrouwbaarheid gesteld moet kunnen worden dat niet meer dan 3% van het totaalbedrag van de in 2013 gefactureerde omzet DBC zorgproducten en overige zorgproducten en DBC's onjuist is.⁹⁵ Bij de evaluatie zijn de bepalingen in het Convenant AO/IC zoals overeengekomen tussen de NVZ, de NFU en ZN met betrekking tot de facturatieverantwoording van toepassing.⁹⁶ Voor de verantwoording over de gefactureerde omzet en het honorariumbudget geldt een materialiteit van 3 procent. Het convenant verving per 2013 de Regeling AO/IC zoals vastgesteld door de NZa.⁹⁷ Er wordt als het gaat om de verantwoording van de

94 Vgl. prof.dr.mr. B.M.J. van der Meulen in VAR 75 jaar, *“Europeanisering van het algemeen bestuursrecht”*, p. 107 *“Doen naleven, bestuursrechtelijke handhaving”*, Boom Juridische uitgevers den Haag 2014, redactie Ben Schueler & Rob Widdershoven.

95 NBA Alert 31 Controleverklaringen bij de financiële overzichten 2013 van instellingen voor medisch specialistische zorg, 21 maart 2014.

96 Convenant AO/IC 2014.

97 NZa REGELING CU/NR-100.060 Administratieve Organisatie en Interne Controle inzake DBC registratie en facturering.

omzet anders gezegd een foutmarge toegestaan van 3%. Met die foutmarge wordt bij de vaststelling van de NZa of sprake is van overtredingen van de WMG of de grondslag van de boete gek genoeg geen rekening gehouden. Datzelfde geldt als het gaat om het bepalen van de restitutie door ziektekostenverzekeraars. Een zekere toegestane foutmarge zou behoudens fraude in de rede liggen. Immers, foutloos is geen enkel systeem.

Het ongedaan maken van het ten onrechte in rekening gebrachte en ontvangen tarief kan volgens de NZa niet als herstelsanctie worden opgelegd.⁹⁸ Op het door de NZa naar aanleiding van de uitspraak van het CBB ingenomen standpunt valt te nuanceren. Niet alleen is bij totstandkoming van de WMG juist beoogd die herstelsanctie voort te zetten zoals ook bestond onder de WTG, het CBB laat zich slechts uit over het opleggen van voornoemde herstelsanctie bij wege van een aanwijzing ex art. 76 WMG.⁹⁹ De aanwijzing dient erop gericht te zijn dat aan het bepaalde bij of krachtens de WMG wordt voldaan. De Memorie van Toelichting zet het instrument van de aanwijzing in het licht van de toekomstige overtredingen.¹⁰⁰ Het CBB oordeelt echter dat daaruit niet kan worden afgeleid dat de aanwijzing zich tevens leent als herstelsanctie in die zin dat een terugbetalingsverplichting kan worden opgelegd.¹⁰¹ Gelpke komt tot de analyse dat de aanwijzing in de Memorie van Toelichting nadrukkelijk niet als sanctie wordt benoemd en om die reden de uitspraak van het CBB de juiste is.¹⁰² Met Gelpke ben ik het oneens dat de wetgever als dat herstel was beoogd ook had moeten bepalen aan wie de restitutie toekomt in het verlengde van art. 5:10 lid 1 Awb. De last onder dwangsom zoals opgenomen in art. 82 Wmg kwalificeert niet als strafsanctie maar als herstelsanctie. Die laatste is niet punitief maar beoogt herstel van de rechtmatige toestand. De verplichting een geldsom te betalen wordt in art. 5:10 Awb gekoppeld aan de bestuurlijke strafsanctie. De mogelijk te verbeuren dwangsom zelf volgt wel het regime van art. 5:10 Awb (dat overigens pas sinds 1 juli 2009 bestaat). De verplichting een buitenwettelijk tarief te restitueren doet dat niet. Gelpke suggereert zelf nog de last onder dwangsom een creditnota te sturen voor de buitenwettelijk in rekening gebrachte tarieven of een last onder dwangsom inhoudende dat de ziektekostenverzekeraar of de zorgaanbieder het ten onrechte betaalde bedrag terugvordert. Nu de herstelsanctie reeds bestond onder de WTG, en juist beoogd is de overtredingen en bijbehorende maatregelen zoals die via de WED liepen te converteren naar de WMG onder een bestuursrechtelijk handhavingskader, zou ik menen dat er goede gronden zijn voor de NZa om de herkansing in te zetten. In de praktijk vindt de civielrechtelijke vordering tussen ziekte-

98 Zie voetnoten 3 en 4.

99 Zie voor de aanwijzing zelf: http://www.nza.nl/104107/421471/450427/Aanwijzing_Stichting_Tergooiziekenhuizen1.pdf.

100 *Kamerstukken II* 2004/05, 31 086, nr. 3, p. 27.

101 Zie voetnoot 3.

102 *GJ* 2014/7 p. 878.

kostenverzekeraars en zorgaanbieders, of tussen zorgaanbieders onderling navolging. Het gaat soms zelfs zo ver dat ziektekostenverzekeraars én de civielrechtelijke vordering instellen op grond van materiële controles¹⁰³ én die terugvordering kracht bij zetten door te dreigen dat bij niet tijdige restitutie de ziektekostenverzekeraar de overtreding zoals geconstateerd door de ziektekostenverzekeraar zal melden bij de NZa. Ziektekostenverzekeraars plegen steeds vaker handhavingsverzoeken in te dienen daar waar zorgaanbieders niet of niet tijdig overgaan tot de door de ziektekostenverzekeraar gewenste restitutie.

In beginsel geldt een handhavingsplicht. Bij een geconstateerde overtreding is handhaving door de NZa op grond van het bestuursrecht dan ook het uitgangspunt.¹⁰⁴ Reeds eenmaal – althans voor zover mij kenbaar – heeft de NZa een verzoek tot handhaving ontvangen daar waar het het niet voldoen aan verplichtingen betrof van zorgaanbieders op grond van de WMG. Ziektekostenverzekeraar DSW verzocht de NZa handhavend op te treden vanwege het gebrek aan medewerking aan detailcontrole.¹⁰⁵ Een zorgaanbieder is op grond van art. 68a WMG gehouden medewerking te verlenen aan onderzoek door een ziektekostenverzekeraar naar rechtmatigheid en doelmatigheid van gedeclareerde prestaties. Dit geldt onder voorwaarden ook indien een zorgaanbieder aan een verzekerde zorg heeft verleend en die daarvoor bij de verzekerde een tarief in rekening brengt. De voorwaarde is dat de verzekerde hiertoe de ziektekostenverzekeraar het recht geeft namens de verzekerde onderzoek in te stellen bij de betreffende zorgaanbieder. De zorgaanbieder is gehouden hierop de persoonsgegevens, waaronder persoonsgegevens betreffende de gezondheid van de verzekerde als bedoeld in de Wet bescherming persoonsgegevens, te verstrekken die voor de ziektekostenverzekeraar noodzakelijk zijn voor de uitvoering van de ziektekostenverzekering of van de wet.

Het *trackrecord* van de NZa geeft de zorgaanbieder in dat geval geen vertrouwen.

103 Materiële controle: onderzoek waarbij de verzekeraar ten behoeve van de geheel of gedeeltelijke betaling aan een zorgaanbieder, de geheel of gedeeltelijke vergoeding aan een verzekerde van het in rekening gebrachte tarief voor aan een verzekerde geleverde prestatie, de vaststelling van de eigen bijdragen van een verzekerde, de vaststelling van een verplicht of vrijwillig eigen risico van een verzekerde, het verrichten van fraudeonderzoek of het uitoefenen van verhaalsrecht nagaat of de door de zorgaanbieder in rekening gebrachte prestatie is geleverd en die geleverde prestatie het meest was aangewezen gezien de gezondheidstoestand van de verzekerde.

104 Vgl. ABRvS 19 januari 2005, AB 2005/50, m.nt. A.B. Blomberg; ABRvS 9 december 2004, AB 2005/51, m.nt. A.B. Blomberg; ABRvS 31 augustus 2005, nr. 200502167/1, ECLI:NL:RVS:2005:AU1791; en C.L.G.H.F. Albers, De beginselplicht tot handhaving. Een nieuwe benadering? *JBplus* 2005, p.192 e.v.

105 http://www.nza.nl/104107/573319/Last_onder_dwangsom_Opvoedpoli_BV.pdf.

3.5 *Handhaving in de praktijk*

Geconstateerd kan worden dat sinds de inwerkingtreding van de WMG in 2006 de NZa – los van de zogenaamde wenkbrauwgesprekken en informatieverzoeken – een viertal boetes heeft opgelegd, vijftientig aanwijzingen heeft gegeven en negen lasten onder dwangsom heeft opgelegd. Nog niet de helft van de handhavingsbesluiten hangt samen met het onjuist declareren respectievelijk betalen van tarieven. De eerste aanwijzing dateert van maart 2011.¹⁰⁶ Ruim 5 jaar na de inwerkingtreding van de WMG.¹⁰⁷ De eerste last onder dwangsom dateert van mei 2012.¹⁰⁸

De eerste keer dat de NZa een boete heeft opgelegd dateert uit oktober 2011.¹⁰⁹ In de casus van de Ommelander Ziekenhuisgroep was het onderzoek gericht op het ten onrechte in rekening brengen van Klinische ééndaagse DBC's.¹¹⁰ De inval zelf werd aangekondigd als verdenking van fraude met wachttijden op de SEH, in later stadium uitgebreid naar de Klinische ééndaagse DBC. De NZa worstelde bij de vaststelling van de overtreding met de vraag op welke wijze vastgesteld kon worden dat ten onrechte sprake was van Klinische ééndaagse DBC's. Sleutelbegrip daarbij is namelijk de term 'observatie'. Een eensluidende definitie op grond van NZa-regelgeving was niet voorhanden, als gevolg waarvan de NZa noodgedwongen, nu een overtreding op andere gronden niet kon worden vastgesteld, feitelijk de zorginhoudelijke aspecten nader heeft bepaald. Dat, terwijl het primair de taak is van de zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars om in onderling overleg te bepalen wat precies onder dit medische begrip 'observatie', als element van een specifiek medisch product, moet worden verstaan. De NZa komt tot een benadering waarbij wordt vastgesteld waaruit observatie tenminste zou moeten bestaan om te kunnen voldoen aan de ter 'observatie' in de zin van de Klinische ééndaagse DBC. Ondersteund door de IGZ, welke laatste de uitleg van de NZa 'bekrachtigde', bepaalde de NZa dat elke observatie ten minste een systematische controle van de conditie van de patiënt op bepaalde parameters zoals bewustzijn, bloeddruk of lichaamstemperatuur, met het oog op de bepaling van het verdere medische beleid diende te omvatten. Opnieuw gesteund door de IGZ

106 http://www.nza.nl/104107/421471/450427/Aanwijzing_tandarts.pdf.

107 Zie voor alle aanwijzingen: <http://www.nza.nl/publicaties/Besluiten/Handhavingsbesluiten/Aanwijzingen/>.

108 Zie voor een overzicht <http://www.nza.nl/publicaties/Besluiten/Handhavingsbesluiten/Last-onder-dwangsom/>.

109 http://www.nza.nl/104107/421471/1010407/Boetebesluit_Stichting_De_Ommelander_Ziekenhuis_Groep.pdf.

110 Klinische ééndaagse DBC's (waarbij ééndaagse slaat op een looptijd van één kalenderdag) kunnen niet worden gedeclareerd. Van klinische DBC's is sprake in geval van opname van de patiënt op de verpleegafdeling, IC, high/medium care. In andere gevallen is sprake van poliklinische of dagverpleging DBC's.

bepaalde de NZa vervolgens dat wanneer observatie heeft plaatsgevonden, ten minste enige verslaglegging daarvan in de medische dossiers zou moeten zijn opgenomen. Aan de hand van een steekproef uit een geselecteerde hoeveelheid medische dossiers kwam de NZa tot de gevolgtrekking dat de aantekeningen daaruit onvoldoende grondslag boden voor het voldoen aan het begrip 'observatie'. Het ziekenhuis kreeg aldus een boete van € 500.000 opgelegd voor het onvoldoende vullen van het medische dossier. De NZa was van oordeel dat zij niet kon vaststellen dat behandeling had plaatsgevonden en baseerde op dat samenstel van feiten de boete. De eerst casus was voor de NZa duidelijk het zoekende zijn naar een deugdelijke wijze van onderzoek, maar vooral ook het kunnen duiden van de feitelijke inhoudelijke overtreding. Over de band van de zorginhoud, waar niet de NZa maar de IGZ op toeziet en lokaal overleg destijds invulling aan gaf, komt de NZa tot de 'gekunstelde' vaststelling dat in 22 dossiers niet of onvoldoende kon worden vastgesteld dat aan de minimumeisen van het begrip 'observatie' was voldaan.¹¹¹ De boetehoogte werd zonder vastomlijnd kader vastgesteld. De Beleidsregel Bestuurlijke boete dateert pas van oktober 2012.¹¹² Niet veel later is door de NZa voor het veld nog eens uiteengezet op welke wijze de NZa om zou gaan met het begrip 'observatie' als bedoeld bij de Klinische ééndaagse DBC's. Die term was voordat de NZa inviel bij de Ommelander Ziekenhuigroep door de NZa niet ingevuld. Opmerkelijk daarbij is dat vrijwel gelijktijdig met het boetebesluit bekend werd dat de NZa met een aantal andere ziekenhuizen voor precies dezelfde uitleg een consultatie had gehouden om die ziekenhuizen te wijzen op de wijze van registratie van Klinische ééndaagse DBC's. Het is dan ook zeer de vraag of van verwijtbaarheid kan worden gesproken. Het is eerder een overtreding waar restitutie als herstelmaatregel had gepast in plaats van een boete. Te meer nu de vulling van het medisch dossier ook nog eens is voorbehouden aan medisch specialisten.

Een tweetal daarna door de NZa opgelegde boetes, betroffen tandheelkundige klinieken. In geval van Eurosmile was in 55 gevallen een te hoog tarief in rekening gebracht door in strijd met de relevante tariefbeschikkingen een tarief in rekening te brengen.¹¹³ In het geval van orthodontiepraktijk BePerfect was sprake van o.a. het onterecht in rekening brengen van techniekkosten.¹¹⁴ De hoogte van

111 Over het inzagerecht door de NZa in medische dossiers is door het ziekenhuis bij het CBb geprocedeerd. Het CBb oordeelde dat inzage op grond van de WMG toegestaan is. Zie CBb 11 februari 2010 ECLI:NL:CBB:2010:BL3730.

112 Beleidsregel bestuurlijke boete Wet marktordening gezondheidszorg AL/BR-0008.

113 http://www.nza.nl/104107/421471/1010407/Boetebesluit_Eurosmile.pdf.

114 http://www.nza.nl/104107/421471/1010407/Boetebesluit_BePerfect_Clinics_BV.pdf.

de boetes is niet bekend gemaakt.¹¹⁵ De vaststelling van de overtredingen konden door de NZa zonder kunstgreep worden vastgesteld. Daar waar de grondslag van de eerste boete aan de Ommelander Zorggroep nog een behoorlijke opgave bleek, kan worden geconstateerd dat de twee voornoemde boetes in wezen voldeden aan het in de Memorie van Toelichting van de WMG nog overwogen uitgangspunt “gemakkelijk waarneembare overtredingen”.

Eerder noemde ik al het boetebesluit inzake het St. Antonius Ziekenhuis.¹¹⁶ Dat boetebesluit illustreert op voor de NZa pijnlijke wijze dat het ingewikkelde en ingenieuze DBC en thans DOT-systeem een zere plek in de zorg blootlegt. Uit eigen onderzoek dat het ziekenhuis al voor de NZa-inval was gestart bleek, dat de interpretatie van DBC's en het opvolgen van afspraken die met zorgverzekeraars waren gemaakt daar waar het de efficiëntie en de zorg voor de patiënt ten goede kwam, door de NZa niet als zodanig werden beoordeeld.¹¹⁷ Datgene wat destijds in opdracht van de NZa door het Verwey-Jonker Instituut medio 2012 aan de NZa was gerapporteerd – interpretatievragen of afleiding- en invoerfouten – sluit aan op de uitkomsten van het eigen onderzoek van het ziekenhuis. Niet zozeer de boete was in dit geval interessant, als wel de onderliggende problematiek die voor heel Nederland aan de orde was. Want bij elk willekeurig ziekenhuis waar de NZa een bezoek had gebracht, was een veelvoud aan onjuiste declaraties aangetroffen. Dat die stelling waar is, blijkt wel uit de mede als gevolg van het door het St. Antonius Ziekenhuis schoon schip maken door de Minister van VWS in samenspraak met de NZa, de NVZ, de NFU en ZN overeengekomen: “Aanpak verantwoording medisch specialistische zorg”.¹¹⁸

Onderdeel van de aanpak was een door de NZa naar aanleiding van vragen over registratie en declaratie vanuit zorgaanbieders, branchepartijen en zorgverzekeraars opstellen van een ‘verboden-toegestaan’-lijst. Inmiddels is er door de NZa op deze manier meer helderheid verschaft over de wijze waarop geregistreerd en/of gedeclareerd moet worden in 60 praktijksituaties.¹¹⁹ Op die lijst staan een veelvoud van constatering die het St. Antonius Ziekenhuis zelf ook reeds had

115 Beide zorgaanbieders hebben de hoogte van de boete aangevochten, waarbij de Rechtbank Rotterdam heeft beoordeeld of de door de NZa gehanteerde ernstfactor redelijk was. Zie Rechtbank Rotterdam 16 november 2012 ECLI:NL:RDAM:2012:BY3424 en Rechtbank Rotterdam 2 augustus 2012 ECLI:NL:RBROT:2012:BX3471.

116 Zie voetnoot 60.

117 <http://www.antoniusziekenhuis.nl/8883409/19458493/rapport.pdf>.

118 *Kamerstukken II* 32 620, nr. 117.

119 http://www.nza.nl/95826/dbc-dossier/282263/QA's_nav_verboden-toegestaan_lijst_versie_september_2014.pdf en http://www.nza.nl/95826/dbc-dossier/282263/Verboden-toegestaan_lijst_verantwoording_en_jaarrekeningen_med.spec.zorg_15_juli_2014.pdf.

geconstateerd. Mede op basis van deze verduidelijkingen zijn ziekenhuizen actief geweest met het uitvoeren van een aanvullend omzetonderzoek. Binnen het traject wordt opnieuw naar de declaraties van 2012 en 2013 gekeken en worden onjuistheden in kaart gebracht. Over de verrekening van onjuiste declaraties worden afspraken gemaakt tussen zorgverzekeraars en aanbieders. De aanpak is er volgens de Minister van VWS in belangrijke mate ook op gericht om verbeteringen voor de toekomst te realiseren. Verduidelijkingen van de regelgeving worden zo vastgelegd en vormen daarmee ook een basis voor de verbetering van de interne beheersing van instellingen de komende jaren.

Uiteindelijk is op basis van voornoemde aanpak voor € 276 mln. als teveel gedeclareerd geïdentificeerd.¹²⁰ ZN benadrukt dat een ingewikkeld en nog onvoldragen DBC-systeem maakt dat interpretatieverschillen en onduidelijkheden bestaan daar waar het de mogelijkheid tot juist declareren betreft. Het systeem, zo mogen we naar ik meen toch wel constateren, heeft de eigen ongelukken gegenereerd. Van fraude is door geen van de betrokken partijen nog gewag gemaakt. Het schoon schip maken in samenwerking met alle betrokkenen uit de zorgsector is voor de medisch specialistische zorg effectief gebleken. Niet alleen ziektekostenverzekeraars hebben daarmee de jaren tot en met 2013 af kunnen sluiten wat controles en verantwoording betreft, maar ook de ziekenhuizen kunnen de jaren tot en met 2013 afsluiten. Inmiddels heeft de aanpak ook in een andere sector een vervolg gekregen: de verantwoording behandelingen en jaarrekeningen in de curatieve GGZ.¹²¹

4 Fraude of een moeilijk systeem?

De historie van ruim dertig jaar tarieven en marktordening in de gezondheidszorg legt bloot dat al die tijd het werkelijk doorgronden van fraude of het aanpakken ervan slechts ad hoc en niet gestructureerd wordt aangepakt. Uiteraard is uit die jaren casuïstiek beschikbaar zoals ik hiervoor heb beschreven. Van een indrukwekkende omvang of doordachte aanpak is geen sprake. Is dat erg? Ja, als daarmee de gezondheidszorg en de solidariteit waarop deze is gestoeld worden ondermijnd. En tegelijkertijd neig ik naar een ontkennende beantwoording van die vraag. De geschiedenis toont ons immers evenzeer hoe bijzonder ingewikkeld het inrichten van een fraudebestendig en foutenbestendig systeem is. Niet in de laatste plaats vanwege het systeem wat door de overheid – of de NZa – zelf

120 Eindrapportage van Expertgroep Omzetonderzoek 2012-2013 medisch Specialistische Zorg, *“Gezamenlijk op weg naar het werkbaar functioneren van een ingewikkeld en nog onvoldragen DBC-systeem*, 11 december 2014 Zorgverzekeraars Nederland.

121 Plan van aanpak verantwoording behandelingen en jaarrekeningen curatieve ggz naar aanleiding van de NBA audit alert 32 Definitieve versie, 1 december 2014.

wordt ingevuld, gewijzigd en uitgewerkt en opnieuw zorgt voor nieuwe vormen van fraude. Van lumpsum, functionele budgettering, naar aanvaardbare kosten, vaste tarieven, minimum tarieven, maximum tarieven, vrije tarieven, een DBC-systeem met duizenden codes en thans de DOT's.

Daar waar de overheid in het eindrapport van de frauderisicoanalyse, zoals ingezet in 2003, het begrip zorgfraude definieert als "het bewust handelen of nalaten in strijd met wet- en regelgeving en/of het opzettelijk niet tijdig, onjuist of onvolledig verstrekken van gegevens met het doel hierbij ten onrechte uitgaven voor verstrekkingen (daaronder begrepen verstrekkingen in natura) en/of uitgaven voor beheer ten laste van de voor zorg bestemde (particuliere en publieke) middelen te brengen, minder te betalen ten laste van die middelen of er extra inkomsten uit te ontvangen.", definieert ZN fraude als "het plegen of trachten te plegen van valsheid in geschrifte, bedrog, benadeling van rechthebbenden en/of verduistering door bij de totstandkoming en/of uitvoering van een overeenkomst van schade, levens- of zorgverzekering betrokken personen en organisaties, en gericht op het verkrijgen van een uitkering of prestatie waarop geen recht bestaat of een verzekeringsdekking onder valse voorwendzelen". Beide definities benoemen niet wie de fraude al dan niet pleegt en sluiten onopzettelijke vergissingen van het fraudebegrip uit.

De NZa spreekt anno 2014 van fraude in de zorg als er sprake is van "opzettelijk gepleegde onrechtmatige feiten, die ten laste komen van voor de zorg bestemde middelen". Bij fraude moet voldaan zijn aan de volgende elementen: (financieel) wederrechtelijk verkregen voordeel, overtreden van wet- en regelgeving, opzettelijk handelen.¹²² Deze definitie komt overeen met de definitie van de regiegroep 'verbetering van zorgfraudebestrijding' en de definitie van het ZN Kenniscentrum fraudebeheersing. Om van een frauduleuze declaratie te kunnen spreken moet er sprake zijn van opzet. Om van een onrechtmatige declaratie te kunnen spreken hoeft er geen sprake te zijn van opzet.

Bij de definities van het begrip 'fraude' valt op dat de analyse door NZa en VWS ten aanzien van het hoe, wat en waarom van onregelmatigheden, oneigenlijk gebruik of onjuiste declaraties en de relatie met het handhavingsinstrumentarium mager te noemen is.¹²³ Dat verschil is naar ik meen van belang, nu het bedrag dat aan fraude wordt vastgesteld vele malen lager is dan de bedragen die gemoeid zijn met onrechtmatige zorgnota's die vóór betaling door de ziektekostenverzekeraars zijn afgewezen (formele controles uitgevoerd voor betaling) of via controles na betaling (formele via uitgevoerde controles achteraf) zijn teruggevorderd.

122 Rapport "Onderzoek zorgfraude Tussenrapport NZa", december 2013.

123 Vergelijk het Rapport "Onderzoek zorgfraude Tussenrapport NZa", december 2013 en het Rapport "Onderzoek zorgfraude Tussenrapport (update) NZa", februari 2014.

Anders bekeken kan worden geconstateerd dat het fraudebegrip in tegenstelling tot de inkadering onder de WTG, onder de WMG eng is gedefinieerd.¹²⁴ Hussain definieert fraude als “(...) any act or omission, including a misrepresentation, that knowingly or recklessly misleads, or attempts to mislead, a party to obtain a financial or other benefit or to avoid an obligation”.¹²⁵ Zij ziet fraude als “a behavioural issue and incentives must be aligned with values if the values are to be applied in practice”. Fraude op grond van de definitie van Hussain wordt bepaald door “human nature” en kan uitsluitend worden bestreden met het aanpakken van “the culture of integrity and scepticism, not by changing enforcement”. Het moeilijke systeem en de onduidelijke regels maken dat “the human factor” de gelegenheid te baat neemt. Niet zozeer opzettelijk maar omdat het systeem en onduidelijke regels de gelegenheid scheppen voor “human nature”.

Heldere en duidelijke regels zijn van zo mogelijk nog groter belang dan de inzet op bestrijding van zorgfraude. Het is aan het veld die heldere en duidelijke regels af te dwingen. Natuurlijk behoort de bestrijding van zorgfraude zonder meer tot de vereiste inzet vanuit de overheid. Maar de blik vanuit de “regulator” zou meer gericht behoren te zijn op de vraag of een overtreding van de WMG wordt veroorzaakt door de regelgeving zoals door de overheid en de NZa zelf vastgesteld, om vervolgens de beantwoording van die vraag mee te laten wegen bij de in te zetten handhaving en sanctie. Geen enkel systeem is foutloos. De WMG en de uitwerking ervan door de NZa is thans zo ingericht dat een willekeurig bezochte zorgaanbieder door de NZa beboet zal kunnen worden. Het zal voor de NZa altijd prijs zijn.

Een deel van die onduidelijkheid kan worden ondervangen door ziektekostenverzekeraars en zorgaanbieders een grotere vrijheid te gunnen dan thans het geval als het gaat om het invullen van zorgprestaties. In plaats van een keurslijf, een op maat gemaakt pak. De tweede Evaluatie van de WMG constateert daarover dat die ruimte de NZa in de positie brengt toe te zien op de transparantie en vergelijkbaarheid van die vrije zorgprestaties.¹²⁶ Daar waar ziektekostenverzekeraars nu afspraken willen maken over zorgprestaties die vallen buiten het kader van de WMG en de NZa, zal facturatie en/of betaling van die prestaties ongeacht rol van de ziektekostenverzekeraar in ons zorgstelsel verboden zijn en dus (flink) beboet kunnen worden.

124 JRG 40, nr. 3., W. Groot en H. Maassen van den Brink, “Oorzaken van fraude in de zorgsector”.

125 Hussain 2014, “Corporate Fraud” London: Bloomsbury Publishing 2014, p. 21.

126 Andersson Elffers Felix, “Ordering en toezicht in de zorg”, Evaluatie van de Wet marktordening gezondheidszorg en de Nederlandse Zorgautoriteit, september 2014.

5 Balans opmaken

Bij de oplegging van bestraffende bestuursrechtelijke sancties worden hoge eisen gesteld aan de evenredigheid, de proportionaliteit en boven alles behoorlijk bestuur, via de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Handhaving van de verbodsbepalingen uit eerst de WTG en thans de WMG laat zien dat een zekere mate van willekeur zowel wat inzet van handhavende maatregelen als het optreden tegen onjuiste declaraties of betalingen in de zorg aan de orde is. ‘Echte zorgfraude’ dient te worden bestreden. Het strafrecht leent zich daar bij uitstek voor. Getuige de “Marque-zaak” of de PGB-fraudes waar reeds niet malse straffen werden uitgesproken.¹²⁷ In geval van onjuistheden, onregelmatigheden of onjuistheden mede als gevolg van een door de overheid zelf verplicht gesteld systeem past een ander regime. Een regime waarbij ongedaanmaking van de onterechte betaling naar mijn mening op de voorgrond dient te staan.

Intussen lijkt elke overtreding van de declaratieregels door media, de man op de straat en de Tweede Kamer als fraude te worden bestempeld en wordt de boete gezien als waarschuwing voor de sector. Van gerechtvaardigde leedtoevoeging is naar mijn mening eerst sprake als van de overtreding met overtuiging kan worden gesteld dat deze een gevolg is van laakbaar c.q. verwijtbaar handelen. Onjuistheden of onregelmatigheden als gevolg van ruimte binnen de systemen voldoet niet aan die kwalificatie. Het niet inrichten van een deugdelijke systeemcontrole door de zorgaanbieder voldoet wel.

Een evenwichtigere benadering van onjuistheden en onregelmatigheden mede als gevolg van een door de overheid zelf verplicht gesteld systeem, zou zijn te veel betaalde zorg boven een bepaalde marge van de onderzochte populatie te restitueren. Dit in lijn met de foutmarge die door accountants bij de verantwoording van de omzet mag worden gehanteerd. Die foutmarge wordt door de overheid immers in dat geval ook geaccepteerd.

Slechts als de geconstateerde overtreding te kwalificeren is als ‘laakbaar’ is nog plaats voor leedtoevoeging in de vorm van een bestuursrechtelijke boete. Bij het bepalen van de hoogte van de boete past een andere benadering dan thans door de NZa wordt aangehouden. Niet van de maximumboete terugredeneren, maar een objectief en bepaalbaar boetestelsel zou passen bij juist de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en de verhoudingen van deze tijd. Tegelijkertijd is het opnieuw inkaderen van de verbodsbepalingen van de WMG geboden, nu afspraken tussen zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars ten aanzien van zorg-

127 Zie OM, *Bestuurlijke rapportage Marque*, maart 2011, Rechtbank Den Haag, 17 januari 2013 ECLI:NL:RBDH:2013:BY9150 en Rechtbank Den Haag, 28 oktober 2013 ECLI:NL:RBDH:2013:14321.

prestaties die wél in strijd zijn met de WMG, terwijl met die afspraken doel en strekking van de WMG juist wordt nagestreefd, beboetbaar zijn.

Om met Hussain te spreken: fraude wordt bepaald door “human nature”, en kan uitsluitend worden bestreden met het aanpakken van “*the culture of integrity and scepticism, not by changing enforcement*”. Als het gaat om een goed functionerend zorgprestatiesysteem: “*it takes four to tango*”. Het voorkomen van de ongelukken die systemen genereren dient leidend te zijn.

PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT (1968-2014)

(1968 tm 2003 indien voorradig tegen kostprijs en verzendkosten beschikbaar via VGR-secretariaat, tel. 030 – 28 23 848, e-mail: vgr@fed.knmg.nl, vanaf 2004 te bestellen via Sdu Klantenservice te Den Haag, tel. 070 – 378 98 80, e-mail: sdu@sdu.nl)

- 1968 H.J.J. Leenen: Gezondheidsrecht – een poging tot plaatsbepaling.*
Verder het rapport van de Commissie herziening interne rechtspraak van de KNMG *
- 1969 C.J. Goudsmit: Voordracht over problemen rond de wetgeving van geestelijk gestoorden. Daaraan werd nog een tweede vergadering gewijd.*
- 1970 J.M.M. Maeijer: De aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team.*
- 1971 W.B. van der Mijn: Wetgeving medische beroepsuitoefening.*
- 1972 J.Ch. Cornelis en A.S. Frowijn: De ontwikkeling van de wetgeving op het gebied van de organisatie van de gezondheidszorg.*
- 1973 B. Sluyters: Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland.*
Tijdens deze vergadering werd ook het rapport van de werkgroep juridische aspecten van de relatie ziekenfondsmedewerkers – verzekerde o.l.v. T.J.S. Postma besproken.*
- 1974 M. Rood-de Boer: De positie van de minderjarige in de gezondheidszorg.*
- 1975 J. ter Heide: Dwang en drang in de medische behandeling.*
- 1976 H.J.J. Leenen: Milieuhygiënerecht.*
- 1977 H.P. Utermark: Medisch Tuchtrecht.*
- 1978 A.E. Leuftink en N. de Jong: De rechtspositie van de keurling.*
- 1979 Advies inzake registratie van medische en psychologische gegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy) van de Gezondheidsraad, becommentarieerd door F. Kuitenbrouwer, L. Kortbeek en E. Dil-Stork.*

- 1980 Het selectievraagstuk in de gezondheidszorg; het selecteren van patiënten bij schaarste van behandelingsmogelijkheden voorbereid door vier personen, te weten S.A. de Lange, H.E. Nicolai, P.C. Sporken en H.F. Visser-'t Hooft. *
Werkgroep richtlijnen keuringen: Wat mag en wat moet bij een aanstellingskeuring.
- 1981 M.N.G. Dukes: De toelating van geneesmiddelen in Nederland.*
- 1982 P.J.W. de Brauw: Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.
Co-referaat van een medische werkgroep bij het preadvies;
Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.
- 1983 H.A. Brasz en D.W.P. Ruiter: Het plansysteem van de Wet voorzieningen gezondheidszorg.*
- 1984 H.D.C. Roscam Abbing: Overheid en het recht op gezondheidszorg.
- 1985 C. Kelk: Klagen of kwijnen. De rechten van verpleeghuispatiënten en de behandeling van hun klachten.*
- 1986 J.C.M. Leyten: Welzijn, vrijheid en dwang.
- 1987 J.K.M. Gevers: Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies.
- 1988 J.P. Kasdorp: Grenzen aan het recht op gezondheidszorg.
- 1989 B. Sluyters en H.R.G. Feber: De gezondheidszorg en het strafrecht.
- 1990 F.C.B. van Wijmen: Driehoeksverhoudingen. Gezondheidsrechtelijke beschouwingen over vertegenwoordiging van meerderjarige onbekwamen.
- 1991 J.H. Hubben: Kwaliteit en recht in de gezondheidszorg.
- 1992 Jubileumcongres 25 jaar Vereniging voor Gezondheidsrecht:
J.H. Hubben en H.D.C. Roscam Abbing (red.), Gezondheidsrecht in perspectief. De Tijdstroom Utrecht 1993.*
- 1993 H.D.C. Roscam Abbing: Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap.*

PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT (1968-2014)

- 1994 J. Legemaate: Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening.
- 1995 E.T.M. Olsthoorn-Heim en L. Bergkamp: Medisch wetenschappelijk onderzoek: Lichaamsmateriaal voor de wetenschap en het wetsvoorstel medische experimenten.*
- 1996 E.W. Roscam Abbing en J.K.M. Gevers: Voorspellend Medisch Onderzoek: Mogelijkheden, verwachtingen en toegang; Rechtsbescherming.*
- 1997 H.J.J. Leenen: Recht op zorg voor de gezondheid.*
- 1998 C. Kelk: Gezondheidszorg voor gedetineerden.*
- 1999 P.J. Hustinx: Informatietechnologie in de gezondheidszorg.*
- 2000 F.C.B. van Wijmen: Richtlijnen voor verantwoorde zorg.
Over de betekenis van standaardisering voor patiënt, professional en patiëntenzorg.
- WGBO en bedrijfsarts: Advies uitgebracht aan de besturen van de Vereniging voor Gezondheidsrecht en de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde. Werkgroep WGBO en bedrijfsarts. VGR-najaarsvergadering 2000.
- 2001 Th.A.M. te Braake en L.E. Kalkman-Bogerd: Procreatietechnologie en recht. Toelaatbaarheid en regulering van IVF-onderzoek; Van kinderwens tot ouderschap.
- 2002 H.D.C. Roscam Abbing, J. Legemaate en G.R.J. de Groot: Zorg, schaarste en recht.
– Solidariteit en individuele vrijheid; vrijheid in gebondenheid
– De (dubbel)rol van de arts
– Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten in de zorg.
- Jubileumbundel: Omzien naar de toekomst, 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht. Redactie: J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers en G.R.J. de Groot.*
- 2003 T.P. Widdershoven en K. Blankman: Psychiatrie en Recht.
– De Wet Bopz en de psychiatrie. Kanttekeningen bij een regeling
– Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric.

- 2004 E.-B. van Veen, E.J.C. de Jong en W.R. Kastelein: Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering.*
– Het beroepsgeheim in de individuele gezondheidszorg
– Het beroepsgeheim en derdenbelangen
– Het beroepsgeheim in rechte. Zwijgen: recht of plicht?
ISBN: 978-90-12-09999-8 Sdu
- 2005 W. van den Ouwelant en J.C.J. Dute: Preventieve Gezondheidszorg.*
– Heilzame wetten. Historie, karakter, plaats en vorm van de publieke gezondheidszorg
– Infectieziekten, dwang en drang
ISBN: 978-90-12-10757-0 Sdu
- 2006 J.A. Lisman, M.F. van der Mersch en C. Velink: Geneesmiddelen en Recht.
– De toelating van geneesmiddelen. Hoe effectief is ons systeem?
– Het recht op geneesmiddelen. Hoe kosten de zorg beheersen
ISBN: 978-90-12-11313-7 Sdu
- 2007 P.C. Ippel, T. Hartlief en P.A.M. Mevis: Gezondheidsrecht: betekenis en positie.
– Het gewicht van het gezondheidsrecht
– De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht
– Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd gemakkelijke Relatie.
ISBN: 978-90-12-12028-9 Sdu
- 2008 J.H.H.M. Dorscheidt en A.C. de Die: De toekomst van de Wet BIG.
– Taakherschikking en verantwoordelijkheidsverdeling
– Gewaarborgde kwaliteit
ISBN: 978-90-12-38014-0 Sdu
- 2009 A.C. Hendriks, J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs: Gezondheidszorg en Europees recht
– De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht
– De betekenis van het EG-verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt
ISBN: 978-90-12-38187-1 Sdu
- 2010 D.P. Engberts, Y.M. Koster en M.C. Ploem: Wetenschappelijk onderzoek in de zorg
– De juridische normering van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen
– Gegeven voor de wetenschap – *Regulering van onderzoek met gegevens, lichaamsmateriaal en biobanken*
ISBN: 978-90-12-38354-7 Sdu

- 2011 J.G. Sijmons, T.A.M. van den Ende, G.R.J. de Groot: Stelsel onder stress
– De cure: transitie en onbalans
– De care: voortvarend na bedachtzaam wegen
– De schuivende panelen van de zorgverzekering
ISBN: 978-90-12-38577-0 Sdu
- 2012 Oratiebundel Gezondheidsrecht. Verzamelde redes 1971 – 2011
40 jaar Nederlands gezondheidsrecht in een twintigtal oraties
t.g.v. 45-jarig bestaan VGR
ISBN: 978-90-12-38840-5 Sdu
- 2013 J.L. Smeehuizen, A.J. Akkermans en T. Vansweevelt:
Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid.
– Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties
– Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België
ISBN 978-90-12-39081-1 Sdu
- 2014 G.A. den Hartogh en P.B. Cliteur:
Ethiek en Gezondheidsrecht
– De morele grondslagen van het gezondheidsrecht: de erfenis van Leenen
– Morele en immorele religieus gelegitimeerde praktijken in het gezondheidsrecht
ISBN 978-90-12-39300-3 Sdu

* niet meer voorradig