

## KRONIEK RECHTSPRAAK

# Kroniek rechtspraak Wet marktordening gezondheidszorg

Prof. mr. J.G. Sijmons\*

### 1. Inleiding

Deze kroniek behandelt de rechtspraak op het gebied van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg), die van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb), de civiele rechter en – bij uitzondering – de strafrechter is verschenen in de periode juni 2012 tot en met 1 september 2014. In de vorige kroniek, die de periode van oktober 2010 tot en met april 2012 ontsloot, kon gewag worden gemaakt van de nieuwe werkelijkheid van de convenanten die een zekere rust brachten op het front van de procedures over de tariefkortingen. En inderdaad vinden we in deze periode van juni 2012 tot en met de zomer van 2014 in dat verband nog maar een enkele na-ijlende uitspraak. Veel eerder zijn er vragen aan de orde als de degelijkheid van het onderzoek door de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa), het bestuursorgaan van de Wmg, de grenzen van de Wmg, enige procedurele aspecten, kapitaallasten en de zorgvuldige belangenafweging en bijzondere omstandigheden van artikel 4:84 Algemene wet bestuursrecht (Awb).

Op 1 januari 2012 trad de wetwijziging van de Wmg van 1 december 2011 in werking. Dit is in de procedures nog niet zichtbaar geworden. Het nieuw ingevoerde macrobeheersingsinstrument is door de minister van VWS eenvoudigweg niet (buiten de convenanten) zodanig ingezet dat het tot jurisprudentie heeft kunnen leiden. Wel kunnen daarover enige voorspellingen worden gedaan aan de

hand van de jurisprudentie tot nu toe, die ook nog in deze verslagperiode zijn beslag vond.

Een nieuwe laag die in de Wmg actueel dominant wordt is de binding van de instellingen aan de tarieven en de kwalificaties van de afwijking van de geldige tarieven als 'zorgfraude'. Ging het voorheen om incidenten, in de afgelopen periode is het beeld ontstaan dat het om miljoenen gaat en met versterking van de afdeling Handhaving van de NZa. Een door de Taskforce Integriteit Zorgsector geëntameerd Verzamelpunt Zorgfraude (van de NZa, Inspectie voor de Gezondheidszorg, CIZ, inspectie SZW, FIOD en Zorgverzekeraars Nederland) ontving over de pilotperiode van februari 2013 tot februari 2014 meer dan 1000 signalen, waarvan de meeste op het gebied van de medisch specialistische zorg en GGz.<sup>1</sup> De rapportage aan de minister van VWS over de omvang van de zorgfraude, die was toegezegd voor de zomer van 2014, is uitgesteld.

De zorgfraudeproblematiek dreigde voor de ziekenhuizen uit de hand te lopen uit onzekerheid over de omvang van correcties op de omzet in combinatie met het feit dat ziekenhuizen in 2012 zijn overgestapt naar prestatiebekostiging, gekoppeld aan de invoering van een nieuw declaratiesysteem (DOT). De accountants konden onder die omstandigheden ook niet instaan voor de correctheid van de jaarrekeningen en dat leidde tot een volgend convenant tussen de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ), de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU), Zelfstandige

\* Jaap Sijmons is advocaat te Zwolle en bijzonder hoogleraar Gezondheidsrecht aan de Universiteit Utrecht.

1 Rapportage Verzamelpunt Zorgfraude, 31 maart 2014.

Klinieken Nederland (ZKN), Zorgverzekeraars Nederland (ZN), de Orde van Medisch Specialisten (OMS), de Nederlandse Beroepsorganisatie van Accountants (NBA) en de NZa over declaraties over 2012 en 2013. In een 'self assessment', te beoordelen door een extern accountant, moeten de declaraties 2012 en 2013 tegen het licht worden gehouden van de door de NZa verduidelijkte normstelling (onder meer de lijst 'Verboden en toegestaan'). Van het resultaat vindt een beoordeling plaats door een onafhankelijke externe expertgroep. Bij onduidelijkheden doet de NZa hierover uitspraak, maar het gehele proces laat onverlet dat handhavend wordt opgetreden tegen gevallen van fraude. Pas als de uitkomsten hiervan bekend zijn, rapporteert de NZa aan de minister over de nadere inschatting van de zorgfraude, althans het oneigenlijke declareren in de zorg. De inschattingen die de media bereikten, spraken van een correctie van € 125 mln. Wat hiervan de gevolgen zullen zijn, laat zich nog niet inschatten, maar het is voorstelbaar dat het thema zorgfraude (in alle gradaties, van upcoding en spookfacturen tot onterechte zorgtypering en administratieve verschrijvingen) in de volgende kronieken de kop gaat opsteken.

Van geheel andere orde is de kritiek op de NZa naar aanleiding van het uitgelekte intern bezwaarschrift van de klokkenluider Arthur Gottlieb en zijn zelfgekozen dood. De zaak is onderzocht door de Commissie-Borstlap. De in de pers (met name de NRC) breed uitgemeten tekortkomingen van de interne organisatie van de NZa leidden tot het vertrek van de tweekoppige raad van bestuur (Theo Langejan en Eitel Homan) en het vertrek van de directeur cure (Mindert Mulder). Structurele vragen van de commissie en de vrijwel gelijktijdig verschenen Tweede Evaluatie van de Wmg van het Onderzoeksbureau AEF betroffen de verhouding van de minister van VWS – met een algemene aanwijzingsbevoegdheid (art. 7 Wmg), ruim vernietigingsrecht (art. 22 Kaderwet ZBO's) en politieke verantwoordelijkheid voor de Wmg en financiering van de zorg (Zvw/AWBZ) – tot de NZa als zelfstandig, deskundig bestuursorgaan, en verder de dubbelrol van de

NZa als marktregulator en toezichthouder.<sup>2</sup> Het parlementaire debat hierover staat op dit moment nog uit. De effecten in de rechtspraak zullen ook hier waarschijnlijk pas later voelbaar worden. De NZa is zich echter zeer bewust dat de publieke schijnwerpers op haar zijn gericht en dat kan in de individuele casus al wel een verschil maken.

Ook in de organisatie van de rechtspraak zelf zijn wijzigingen op til. De bevoegdheid van het CBb zou in het kader van de verdere integratie van rechtspraak (samen met de Raad van Beroep) kunnen overgaan naar de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (ABRvS), zoals in de paragraaf 'Veiligheid en justitie' van het regeerakkoord al is vastgelegd.<sup>3</sup> Na het peilen van bezwaren is dit voornemen recentelijk nog weer uitdrukkelijk gehandhaafd<sup>4</sup> en een wetsvoorstel is in voorbereiding. De kroniek bevat op enig moment dan uitspraken van de ABRvS, maar dat kan nog even duren.

Deze kroniek is evenals de vorige opgebouwd volgens het stramien dat eerst de procedurele aspecten worden behandeld: enkele algemene principes van de tariefregulering, geordend van algemeen naar specifiek. Vervolgens besteden wij aandacht aan het optreden van de NZa als marktmeester en het hanteren van het instrument van artikel 48 Wmg en ten slotte aan een aantal meer individuele dossiers. Niet alle uitspraken zijn meegenomen om de omvang van deze kroniek enigszins binnen de perken te houden.

## 2. Procedurele aspecten

### 2.1 Awb-besluit?

In de vorige kroniek kwam aan de orde dat niet alles wat de NZa lijkt te beslissen ook daadwerkelijk een besluit in de zin van de Awb is, zoals het vaststellen

- 2 Bijlagen bij de brief van de minister van VWS aan de Tweede Kamer van 2 september 2014, *Kamerstukken II* 2013/14, 25268, 87.
- 3 Regeerakkoord VVD-PvdA *Bruggen slaan*, 29 oktober 2012, p. 28.
- 4 Brief van de minister van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties aan de Eerste Kamer van 26 juni 2014, *Kamerstukken I* 2013/14, 30585, L.

Prof. mr. J.G. Sijmons

van de opbrengstverrekening tussen ziekenhuizen en zorgverzekeraars.<sup>5</sup> Recent was aan de orde de vraag of het publiceren van een lijst met geneesmiddelen niet zelf als een Awb-besluit kan worden aangemerkt. Het antwoord luidde volgens het CbB bevestigend.<sup>6</sup> Het publiceren van de lijst is een besluit. De beleidsregel 'Beleidsregel dure geneesmiddelen' neemt financiële belemmeringen voor het gebruik van dure geneesmiddelen weg met een extra budgettaire vergoeding als de geneesmiddelen (voor bepaalde indicaties) in de Stofnamenlijst vermeld staan. NVZ en Mundipharma verzochten in 2011 plaatsing op de Stofnamenlijst voor het middel Levact voor twee indicaties. De NZa weigerde. Bij brief van 7 juni 2012 heeft de NZa aan de ziekenhuizen, revalidatie-instellingen en zorgverzekeraars medegedeeld een aantal geneesmiddelen wel en een aantal niet op te nemen op de Stofnamenlijst. Mundipharma diende bezwaar in, maar de NZa verklaarde dit bezwaar niet-ontvankelijk omdat de brief van 7 juni 2012 niet zou zijn gericht op rechtsgevolg (vgl. art. 1:3 Awb). Het CbB oordeelt dat het hier om de enige rechtstreekse bekendmaking aan de partijen ging en dus om een besluit.

## 2.2 Declaratievoorschrift onderdeel tariefbeschikking

In een uitspraak betreffende de prestatiebekostiging in de care kwam de vraag aan de orde of een in de Beleidsregel prestatiebeschrijvingen en tarieven zorgzwaartepakketten (CA-394) opgenomen voorwaarde, inhoudende dat de ZZP7VG alleen kan worden gedeclareerd door bepaalde zorgaanbieders (toegelaten op grond van art. 5 WTZi voor SGLVG-verblijfplaatsen), een onlosmakelijke samenhang heeft met de tariefbeschikkingen waarin de tarieven voor de ZZP7VG zijn opgenomen en daarmee de bezwaren tegen deze voorwaarde, zich tevens richt tegen de tariefbeschikkingen en dus bij wege van exceptieve toetsing ook deze beleidsregel aan de daaraan ten grondslag liggende aanwijzing van de

minister van VWS kan worden beoordeeld op rechtmatigheid door het CbB.<sup>7</sup> Zie verder paragraaf 3.3. De toetsing viel gunstig uit voor de minister, die de weg van artikel 8 Wmg juist had bewandeld.

## 2.3 Begrip belanghebbende

In de in paragraaf 2.1 vermelde uitspraak (zie noot 6) is ook de vraag aan de orde of Mundipharma als 'belanghebbende' recht van bezwaar en beroep tegen dit besluit heeft (vgl. art. 105 Wmg jo. art. 1:2 lid 1 Awb). Het belanghebbende-begrip is in artikel 105 Wmg niet nader gedefinieerd en daarom is de definitie in artikel 1:2 lid 1 Awb beslissend. Mundipharma was geen aanvrager van de opname van Levact op de Stofnamenlijst, noch de adressaat van de prestatiebeschrijving en tariefbeschikking. Toch heeft volgens het CbB Mundipharma als farmaceut 'een rechtstreeks bij het besluit betrokken belang'. Daarvoor was in dit geval wel nodig dat volgens Europees recht de farmaceutische bedrijven zich tegenover de lidstaten van de EU kunnen beroepen op de zogenaamde 'Transparantierichtlijn' (Richtlijn 89/105/EEG), betreffende 'de doorzichtigheid van maatregelen ter regeling van de prijsstelling van geneesmiddelen voor menselijk gebruik en de opname daarvan in de nationale stelsels van gezondheidszorg' en een rechtsgang daarbij verplicht is gesteld.

Deze uitspraak heeft overigens een bredere betekenis, omdat steeds vaker het besluit van de NZa kort is en wordt verwezen naar op de website openbaar gemaakte lijsten van tarieven, voorwaarden en dus ook namen van geneesmiddelen. Kritisch op deze uitspraak is mr. Gelpke in zijn annotatie, waar hij vreest dat de grens tussen beleidsregel en appellaabele tariefbeschikking vervaagt (niet in het belang van de rechtzoekende).

## 2.4 Ontvankelijkheid: materieel belang?

De NZa achtte Multidag, een zorginstelling die een tweede budgetverzoek indiende voor 2013 voor dezelfde regio (Nijmegen), in bezwaar niet-

5 J.G. Sijmons, 'Kroniek rechtspraak Wet marktordening gezondheidszorg', TvGR 2012, p. 491.

6 CbB 31 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:121, GJ 2014/104, m.nt. M.E. Gelpke, TvGR 2014/26, m.nt. J.G. Sijmons.

7 CbB 5 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3155, GJ 2013/111, RZA 2013/25.

ontvankelijk. Zij beschikte reeds over een budgetvaststelling conform een separaat ingediend tweezijdig verzoek, en had geen bezwaar gemaakt tegen de uit dat tweezijdig verzoek voortvloeiende initiële vaststelling van het budget voor 2013, en ook niet tegen de latere definitieve vaststelling van het budget voor 2013 in het kader van de herschikkingsronde 2013. Het College oordeelt niettemin dat appellante wel procesbelang heeft bij het beroep. De initiële vaststelling van het budget 2013 bedroeg € 22.823, waarover tussen appellante en het zorgkantoor overeenstemming was bereikt. Aannemelijk was dat aan appellante voor door haar gewenste activiteiten geen budget was toegekend. De zorginstelling hield aan dat budget vast, zoals bleek uit een door haar in november 2012 tegen de NZa aangespannen kort geding bij de burgerlijke rechter. Dat is met elkaar voldoende voor ontvankelijkheid in beroep.<sup>8</sup>

Deze ontvankelijkheid leverde haar uiteindelijk niet veel op. Voor niet geoormerkte middelen en geoormerkte middelen ZZP-meerzorg, Ketenzorg dementie en ADL konden zorgkantoren of de zorgaanbieders als zij niet tot overeenstemming waren gekomen over de hoogte van de productie of de prijzen een eenzijdig verzoek indienen. Per budgetronde kon er echter door een zorgaanbieder of een zorgkantoor geen eenzijdig verzoek worden ingediend als er in diezelfde budgetronde ook een tweezijdig verzoek met betrekking tot dezelfde prestaties of prijzen was ingediend. Dan zou het eenzijdige verzoek niet in behandeling worden genomen. Op deze formele kant sneuvelt het ontvankelijke beroep alsnog.

### 2.5 Begrip 'zorg' volgens Wmg: aanwijzing NZa

In de zaak die het Amphia Ziekenhuis tegen de NZa aanspande ter zake van de werkzaamheden van de transferverpleegkundigen kwam de vraag aan de orde of deze medewerkers handelingen verrichten die onder de reikwijdte van de Wmg vallen. Het ziekenhuis had meerdere transferverpleegkundigen in dienst, die uitbehandelde patiënten begeleidden en

de vervolgstappen organiseerden naar thuiszorgorganisaties en AWBZ-zorginstellingen waarmee samenwerkingsovereenkomsten waren gesloten. De kosten van de transferverpleegkundigen waren met deze andere instellingen zo verdeeld dat 25% van de exploitatielasten van de transferverpleegkundigen ten laste zou komen van het Amphia Ziekenhuis en de overige 75% van de andere instellingen. De NZa had hierover signalen ontvangen en was getriggerd omtrent de ontvangen vergoedingen (in geld of natura). Doorverwijzen van de patiënt door een instelling was volgens de NZa zorg zoals medisch specialisten die plegen te bieden en bij gebrek aan een aparte prestatiebeschrijving met bijbehorend tarief zou het in rekening brengen van de kosten van de transferverpleegkundigen bij doorverwijzing in strijd komen met artikel 35 Wmg (dat verbiedt andere dan door de NZa vastgestelde zorgprestaties en tarieven te hanteren). De NZa gaf het Amphia Ziekenhuis ter zake een aanwijzing op grond van artikel 76 lid 1 Wmg, strekkende tot naleving van de Wmg. De NZa wilde direct ook andere zorgaanbieders op de zorgverlenings- en zorginkoopmarkt waarschuwen en de aanwijzing op grond van artikel 81 Wmg ter openbare kennis brengen. Het ziekenhuis verzocht een schorsing, die gedeeltelijk werd toegewezen. De voorzieningenrechter achtte buiten twijfel dat het ziekenhuis met het aan derden in rekening brengen van een deel van de exploitatiekosten van de transferverpleegkundigen artikel 35 Wmg overtrad. Het is verboden tarieven in rekening te brengen voor een prestatie waarvoor geen prestatiebeschrijving is vastgesteld en er was 'geen aanleiding de activiteiten van de transferverpleegkundigen (...) niet te kwalificeren als zorg als omschreven in artikel 1, aanhef onder b Wmg'. Aan dit oordeel lag kennelijk ten grondslag de stellingname van de NZa dat het ging om verrichtingen van verpleegkundigen (BIG-geregistreerde beroepsbeoefenaren) die rechtstreeks betrekking hebben op een persoon en ertoe strekken diens gezondheid te bevorderen als bedoeld in art. 1, eerste lid van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). De NZa (en de voorzieningenrechter) maken geen onderscheid tussen 'zorg' en 'het organiseren van

8 Cbb 1 oktober 2010, ECLI:NL:CBB:2014:373.

Prof. mr. J.G. Sijmons

goede zorg', althans niet wanneer verpleegkundigen dat doen. De vraag was vervolgens of de aanwijzing tot ongedaanmaking wel uit de Wmg zou voortvloeien. Een aanwijzing tot terugbetaling van onverschuldigde betalingen aan het Amphia Ziekenhuis werd niet zonder meer als een bevoegdheid op grond van de Wmg beoordeeld en in ieder geval was de geboden hersteltermijn van vijftien dagen onredelijk kort en in strijd met de belangenafweging van artikel 3:4 tweede lid Awb. De voorzieningenrechter verwijst naar de bezwaarprocedure om overeenstemming te bereiken over de wijze waarop en de termijn waarbinnen de gevolgen van overtreding van artikel 35 Wmg ongedaan konden worden gemaakt. Alleen op dit onderdeel werd het publicatiebesluit geschorst.<sup>9</sup>

In zijn annotatie wijst Dalhuisen erop dat de uitspraak niet congrueert met die van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, waarin bestuursorganen in beginsel gebonden worden aan hun eigen handhavingskader. Het ziekenhuis had hier betoogd dat de NZa krachtens haar eigen beleidsregel Handhaving (TH/BR-004) niet bevoegd was tot het gebruik van haar aanwijzingsbevoegdheid. De voorzieningenrechter volgt dit standpunt niet, maar motiveert niet duidelijk waarom. De annotator geeft nog enkele argumenten waarom een aanwijzing in de zin van artikel 76 Wmg inderdaad geen terugbetalingsplicht kan bevatten. Opvallend in deze uitspraak is ten slotte de doorsteek die de voorzieningenrechter maakt naar de bezwaarprocedure en aan partijen een opdracht meegeeft tot 'schikking'.

## 2.6 Voorlopige voorziening

In een dubbele toets bij een voorlopige voorziening in de uitspraak van de KNMP, de Nederlandse Apothekers Coöperatie ('NAPco'), de associatie van ketenapotheken en de Verenigde Kring-apothekers Nederland tegen de NZa over de aanpassing van de ICT op de nieuwe prestatiebeschrijving van het eerste terhandstellingsgesprek herbevestigde het Cbb

de voorwaarden voor toewijzing van een voorlopige voorziening. In casu was het belang van veronderstelde ICT-problematiek en de daarmee gemoeide kosten voor apothekers door de invoering van een prestatiebeschrijvingsbeschikking niet zodanig dat dit een voorlopige voorziening zou rechtvaardigen, noch was de kans dat het argument tegen de invoering van de prestatiebeschrijving het bij wege van exceptieve toetsing in een bodemprocedure zou halen zodanig groot, dat reeds daarom tot inwilliging van het verzoek om een voorlopige voorziening kon worden overgegaan. Als troost bleef proceskostenveroordeling – naar goed gebruik – achterwege.<sup>10</sup>

Een verzoek om voorlopige voorziening werd wel toegewezen in een procedure van de NVZ tegen de NZa inzake de beslissing om 28 stofnamen en indicaties van geneesmiddelen per 1 januari 2014 niet langer op te nemen op de zogenaamde add-on lijst. Geneesmiddelen die niet op deze lijst staan, kunnen niet in de tarieven worden gedeclareerd. De NVZ stelde dat de verwijdering gebaseerd was op een onzorgvuldige belangenafweging. De ziekenhuizen hadden op het moment dat de beslissing bekend werd gemaakt op 16 oktober 2013 onvoldoende tijd om de kosten van de van de add-on lijst verwijderde geneesmiddelen te verwerken in tariefvoorstellen voor 2014; onderhandelingen daarover zouden volgens het bestuurlijk akkoord van 16 juli 2013 tussen de minister van VWS en de brancheorganisaties van ziekenhuizen en zorgverzekeraars in november 2013 voor het jaar 2014 moeten zijn afgerond. Daarbij kwam dat de NZa in juli 2013 had voorgesteld om met ingang van 1 januari 2015 een nieuw systeem in te voeren voor een add-on lijst van geneesmiddelen, waarbij het kosten criterium waarop de betrokken geneesmiddelen nu waren gesneuveld, zou komen te vervallen. De voorzieningenrechter van het Cbb oordeelt dat de NZa onvoldoende heeft gemotiveerd welk zwaarwegend belang met de schoning van de lijst was gediend en schorst de

9 Vzr. Cbb 1 augustus 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX4131, GJ 2012/154, m.nt. Dalhuisen.

10 Vzr. Cbb 23 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:342, RZA 2014/2, JGR 2014/1 m.nt. De Best.

schoning van de lijst tot zes weken na bekendmaking van de beslissing op bezwaar.<sup>11</sup>

Een voorlopige voorziening die het ook niet haalde was een vordering namens de Vereniging Gehandicaptenzorg Nederland (VGN) tegen de Staat der Nederlanden in verband met de verlaging van de contracteerruimte voor het terugdraaien van de verhoogde ZZP-tarieven en een taakstelling op de vervoerskosten. Hoewel aan de VGN moest worden toegegeven dat er sprake was van een rigoureuze maatregel, die erop neerkwam dat de tarieven voor het vervoer meer dan gehalveerd werden, had de Staat voldoende aannemelijk gemaakt dat één op de zes instellingen minder dan de nieuwe tarieven aan vervoer besteedt, terwijl naar het voorlopig oordeel gelet op de economische omstandigheden van de instellingen gevergd mag worden dat zij een bijdrage leveren aan het verlagen van de kosten van het vervoer binnen de gehandicaptenzorg.<sup>12</sup> Dit voorlopige oordeel hield stand in beroep.<sup>13</sup>

### 2.7 Terugwerkende kracht

In de in paragraaf 3.3 nog inhoudelijk te bespreken casus van de vergoeding van door huisartsen aangevraagde MRI-onderzoeken bepaalde het CbB dat naar aanleiding van een bezwaar van een zorgverzekeraar tegen een afgegeven tariefbeschikking van de NZa met ingangsdatum 1 juli 2008, de NZa niet bij beslissing op dat bezwaar een jaar later in 2009 met terugwerkende kracht het oorspronkelijke tariefbesluit kon wijzigen. Het tijdsverloop zou de instelling onevenredig schaden. Het gevolg zou inderdaad zijn geweest, dat de betrokken instelling met terugwerkende kracht een jaar lang artikel 35 Wmg zou hebben overtreden. Bij bezwaar tegen een tariefbeschikking door een zorgverzekeraar zou de instelling anders niet kunnen declareren en aldus in strijd met de grondregel dat bezwaar geen schor-

sende werking heeft, van de tariefbeschikking geen gebruik kunnen maken.<sup>14</sup>

### 2.8 Procesbelang bij staatssteun

De zorgorganisatie HWW nam in 2009 zorgtaken van de failliete onderdelen van de Stichting Meavita Nederland over. De NZa verleende daarbij steun aan HWW voor een bedrag van ca. € 22 mln. Concurrente Thuiszorgservice tekende hiertegen bezwaar en beroep aan. De steun was niet aangemeld bij de Europese Commissie (op grond van art. 108 lid 3 Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie), omdat niet aan de criteria van staatssteun zou zijn voldaan. HWW vraagt slechts om vaststelling dat er sprake is van steun, waaruit de NZa dan zelf consequenties moet trekken. Volgens de NZa is er geen begunstiging van bepaalde ondernemingen, wordt de concurrentie niet vervalst en de interstatelijke handel niet ongunstig beïnvloed. Het CbB overweegt dat Thuiszorgservice niet ontvankelijk is bij gebrek aan voldoende procesbelang. Thuiszorgservice kan zelf op grond van artikel 20 lid 2 van Verordening (EG) 659/1999 een oordeel van de Commissie vragen over de toelaatbaarheid van de staatssteun. Uit de jurisprudentie van het Hof van Justitie leidt het CbB af dat het in strijd is met de taak van de nationale rechter en de nationale overheid om slechts vast te stellen of er sprake is van (niet aangemelde) staatssteun, omdat die taak ertoe strekt effectieve maatregelen te treffen om in afwachting van een eindbeslissing van de Commissie de door bewuste steunverlening veroorzaakte verstoring van de mededinging op te heffen. Dat is door Thuiszorgservice niet verzocht. Het handelen van de NZa is hier dan uitsluitend onderworpen aan het horen van de Commissie en het Hof van Justitie. Wegens onvoldoende belang is HWW bij het CbB niet ontvankelijk. Hoewel deze uitspraak zich concentreert op het principe van staatssteun, geldt hierbij de veronderstelling dat deze steun op basis van de Wmg bij beschikking zou zijn verstrekt.<sup>15</sup>

11 Vzr. CbB 19 december 2013, ECLI:NL:CBB:2013:278, GJ 2014/41.

12 Vzr. Rb. 's-Gravenhage 24 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX2395, GJ 2012/155.

13 Gerechtshof 's-Gravenhage 20 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY3197, GJ 2013/20.

14 CbB 30 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3389, RZA 2013/22.

15 CbB 13 september 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX6991, JB 2012/251.

Prof. mr. J.G. Sijmons

### 3. Algemene aspecten tariefregulering

#### 3.1 Budgetstelsysteem

De budgettering loopt op haar einde, maar levert nog steeds uitspraken op waarvan de betekenis deels een blijvende is vanwege de algemenere uitgangspunten ervan. Andere aspecten zijn nu reeds een reflectie op het systeem zoals het eens was. Bijvoorbeeld het oordeel van het CBB van 1 oktober 2014 dat het gegeven dat de aanbieder geen productieafspraken met de zorgkantoren heeft kunnen maken tot de door haar gewenste bedragen, er in beginsel niet toe kan leiden dat extra budget door de NZa in afwijking van de beleidsregel wordt toegekend. Aan het in de betrokken beleidsregel neergelegde systeem van budgettering is inherent dat voor de toekenning van budget toestemming van het zorgkantoor is vereist. Voor zover het beroep zich richt tegen dit in de beleidsregel vervatte systeem van budgettering, overweegt het College dat dit systeem volgens zijn vaste jurisprudentie niet onrechtmatig kan worden geacht en verwijst het hiertoe naar twee andere uitspraken in deze periode, van 5 december 2012<sup>16</sup> en 15 november 2013.<sup>17</sup> Indien een zorgkantoor, zoals appellante aanvoert, onredelijk handelt in het kader van de te maken productieafspraken of daarbij onredelijke voorwaarden stelt, staat daartegen bescherming open bij de civiele rechter. De instelling had van die mogelijkheid gebruik gemaakt en de civiele rechter had haar vorderingen afgewezen. Het CBB vond niet dat de NZa onvoldoende toezicht had gehouden op het beleid en de voorwaarden die de zorgkantoren hanteren, althans niet dat daarom de NZa niet conform de beleidsregel had mogen beslissen. De NZa en de zorgkantoren hebben hun eigen verantwoordelijkheden.<sup>18</sup>

In een uitspraak van het CBB over een geschil tussen de Nederlandse Vereniging voor Logopedie en Foniatrie (NVLF) en de NZa trekt de NVLF nog eens

alle registers open tegen een macrobudgettaire taakstelling van een korting van 5,2% in de tarieven logopedie. De korting is gebaseerd op een onjuist vastgestelde overschrijding van het macrokader. Het macrokader logopedie was bovendien voor de minister van VWS al niet realistisch geraamd, zodat het onzorgvuldig is om de gevolgen van die foute raming op de logopedisten af te wentelen. De ramingen zijn ook volgens de Algemene Rekenkamer structureel te laag. Alle argumenten sneuvelen op standpunten die al uit eerdere jurisprudentie bekend zijn. Het dictaat van de Rijksbegroting regeert. Wel vond het CBB dat het uitstellen van tariefsverhoging op basis van een door de NZa uitgevoerd 'kostprijsonderzoek logopedie 2011' te verging, nu de NZa daarvoor nu juist geen aanwijzing van de minister van VWS had gekregen. Dan ligt volgens het CBB in de rede de tariefachterstand niet langer dan strikt noodzakelijk te laten voortduren.<sup>19</sup>

#### 3.2 Zorgzwaartepakketten en budgetten

Bij de overgang in de AWBZ naar de prestatiebekostiging van cliëntgerelateerde 'zorgzwaartepakketten' (ZZP-en) deden zich in 2012 nog bewegingen voor op het breukvlak van budget en prestatievergoeding. In het geval van de epilepsiecentra was uit onderzoek gebleken dat de ZZP-systematiek niet voorzorg in de specifieke hogere kosten van de epilepsiezorg. Daarvoor zijn extra toeslagen ingevoerd. Vanwege de extra meerzorg werd de Regeling zorgaanspraken AWBZ gewijzigd. Stichting Kempenhaeghe zag zich geconfronteerd met een zorgkantoor dat het aantal toeslagen herleidde tot het eerdere beschikbare budget. De NZa verwees de instelling naar de civiele rechter om daartegen op te komen. Het CBB hield echter de NZa zelf verantwoordelijk voor een juiste toepassing van de ZZP-bekostiging. Dat de tarieven en de middelen zouden toenemen is een gevolg van de nieuwe, betere bekostigingssystematiek en kan de epilepsie-instellingen niet worden tegengeworpen. De NZa had niet mogen meegaan in de eenzijdige verzoeken

16 CBB 5 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2656.

17 CBB 15 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:241, GJ 2014/17

18 CBB 1 oktober 2014, ECLI:NL:CBB:2014:373.

19 CBB 9 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:2, GJ 2014/78, m.nt. J.G. Sijmons.

tot vaststelling van het zorgkantoor, nu daardoor een materieel onjuiste toepassing wordt gegeven aan de eigen beleidsregels van de NZa.<sup>20</sup> Deze uitspraak wijst dus in een andere richting dan de vorige.

### 3.3 Representatiemodel zorgverzekeraars

De Beleidsregel Eerste lijn laboratoriumonderzoeken bepaalde dat een aanvraag voor een tarief of tariefwijziging door de gezamenlijke zorgverzekeraars moet worden ingediend. Aldus geschiedde in 2008 bij de Stichting Huisartsen Laboratorium in Etten-Leur, maar een week later kwam er een aanvullend verzoek van het laboratorium, alleen mede-ondertekend door één van de twee representatieve zorgverzekeraars, voor een tweetal tarieven voor door huisartsen aangevraagde MRI-onderzoeken voor schouders en voor heupen/onderste extremiteiten. Het principiële betoog van de instelling dat door de marktwerking de eis van gezamenlijke ondertekening door alle verzekeraars (in het representatiemodel) een onredelijke was, redde het niet. Ook niet als er daardoor in het land per regio ongelijkheden ontstaan, doordat op sommige plaatsen de (zelfde) verzekeraars wel en op andere plaatsen geen overeenstemming is bereikt over de huisartsen-MRI. De beleidsregel ging nu eenmaal welbewust uit van de mogelijkheid van regionale overeenstemming en dus ook van gebrek aan overeenstemming (ook al zijn overal in het land min of meer dezelfde zorgverzekeraars, hoewel met wisselende marktaandeelen, vertegenwoordigd in het lokaal overleg). Weliswaar dient de NZa zich te vergewissen van de reden van weigering van de representerende zorgverzekeraar op het verzoek van de instelling en dient de andere representerende zorgverzekeraar mede te ondertekenen, maar dit gaat niet zo ver dat het standpunt van de verzekeraar dat vergoeding niet wenselijk was een oneigenlijke reden zou opleveren. Het beroep was daarmee ongegrond.<sup>21</sup>

20 CbB 22 augustus 2013, ECLI:NL:CBB:2013:138.

21 CbB 30 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3389, RZA 2013/22.

### 3.4 Onderhoudswerkzaamheden ZZZP-bekostiging

De zorgzwaartebekostiging zou in de gehandicaptenzorg budgetneutraal in 2009 worden ingevoerd. Een majeure operatie, waaraan in de ogen van een aantal gehandicaptenzorginstellingen niettemin het nodige ontbrak. In 2010 en 2011 werden door de NZa voor sommige categorieën extra toeslagen ingevoerd, zoals voor dagbesteding voor ernstig verstandelijk en meervoudig gehandicapte kinderen/jongeren en voor ademhalingsondersteuning of extreme zorgzwaarte. Het CbB trekt niet de conclusie dat in deze gevallen de NZa het tarief in 2009 onjuist heeft vastgesteld. Het voortschrijdend inzicht in de kosten van de zorgprestaties kan niet tegen de NZa worden uitgespeeld. Signalen uit het veld en onderzoeksgegevens komen gaandeweg beschikbaar. Met de verhoging gaan ook verlagingen van de overige ZZZP-bedragen gepaard, zodat sprake is van een verfijning van de ZZZP-systematiek (die – al zegt het CbB het niet – lastig met terugwerkende kracht kan worden uitgevoerd). De eerdere, later herstelde tekortkomingen zorgen er niet voor dat de NZa 'buiten de grenzen van een redelijke beleidsbepaling is getreden'. De herallocaties die met de systeemwijziging gepaard gingen, brachten de instellingen niet in zodanige financiële problemen dat sprake was van onevenredig nadelige gevolgen. Het systeem is inmiddels aangepast, de tekortkomingen gedragen door de instellingen.<sup>22</sup>

### 3.5 Onderlinge dienstverlening en dure geneesmiddelen

Een werkelijk onverwachte uitspraak is die van het CbB d.d. 18 november 2013.<sup>23</sup> De revalidatie- en reumazorginstelling Reade te Amsterdam verzocht samen met de zorgverzekeraars aan de NZa om extra middelen voor dure geneesmiddelen, waarvan de kosten behoorlijk waren gestegen. Het betrof enerzijds medicatiekosten van de dagbehandeling en de diagnostiek van reumapatiënten, vallend onder de Beleidsregel dure geneesmiddelen.

22 CbB 5 juni 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3155, GJ 2013/111, RZA 2013/25.

23 CbB 18 november 2013, ECLI:NL:CBB:2013:249, RZA 2013/34.



Prof. mr. J.G. Sijmons

Anderzijds waren ook de kosten gestegen van geneesmiddelen die niet met de reuma of revalidatie samenhangen en ook niet onder de vergoedingsregel van de Beleidsregel dure geneesmiddelen vielen, zoals medicatie voor HIV en oncologie. De NZa wees het tweezijdige verzoek om maatwerk (extra budget) af met de stelling dat Reade de kosten en honoraria van het verstrekken van medicatie voor de behandeling van HIV en kanker via de Regeling tarifiering onderlinge dienstverlening maar in rekening moet brengen bij de ziekenhuizen en oncologische centra. Bij de toepassing van dit begrip in het kader van deze regeling geldt dat 'het eigen patiënt zijn van een instelling voor gezondheidszorg' eerst wordt beëindigd wanneer er sprake is van een overdracht van de medische hulpverlening aan deze patiënt naar een andere instelling voor gezondheidszorg respectievelijk een andere medisch specialist, die voor wat betreft het verlenen van die medische hulp aan deze patiënt in de andere instelling zijn praktijk uitoefent. De patiënten van Reade zijn in de redenering van het College uitsluitend 'eigen patiënt' van appellante voor zover het de revalidatiezorg betreft, want de behandeling voor HIV en kanker was op zich niet beëindigd en de DBC's daarvan liepen vaak nog door. Dus had deze medicatie in rekening moeten worden gebracht bij de ziekenhuizen en oncologische centra waar deze patiënten voor HIV, respectievelijk kanker, in behandeling waren. Dat die ziekenhuizen (het Onze Lieve Vrouwe Gasthuis en het VU medisch centrum) niet thuis gaven, 'deed daaraan niet af'. Deze conclusie is minder vanzelfsprekend dan de hier geparafraseerde rechtsoverweging aangeeft. Onderlinge dienstverlening is immers – zoals het woord zegt en de regeling uitdrukkelijk inhoudt – een dienst die men verleent en een opdracht veronderstelt. De regeling is dus voor 'onderaanbesteding' van de zorg. De idee erachter is dat tussen zorgaanbieder en verzekeraar (of patiënt) de tarieven worden gereguleerd, maar dat 'achter de voordeur' de zorgaanbieders onderling op de meest doelmatige wijze moeten kunnen samenwerken en onderling tarieven kunnen stellen. Nu is er geen dienstverlening 'op verzoek' (daarom wilden de ziekenhuizen vast

niet betalen), maar de vraag waar de kosten voor de medicatie neerslaan. Volgens de NZa is dat bij de behandelaar in het ziekenhuis, ook al is de patiënt ontslagen en houdt daarmee de farmaceutische zorg voor de instelling bij opname op (met enkele zeer specifieke uitzonderingen). Welke Doos van Pandora trekt het College hier open? Kunnen ziekenhuizen doordeclarereren voor medicatie van aandoeningen die in andere ziekenhuizen onder behandeling zijn? Met name topreferente ziekenhuizen kunnen dan een deel van hun medicatielast afschuiven op de perifere ziekenhuizen. Dat zal toch niet de bedoeling zijn. Evenmin als de ziekenhuizen de rekening naar de huisarts en de openbare apotheker kunnen doorschuiven voor behandelingen waarvoor de ziekenhuisopname niet nodig was. Voordat nu alle verpleeg- en revalidatie-instellingen hun boeken ingaan om te zien wat kan worden doorbelast, moeten VWS en NZa nog eens kritisch de gevolgen van het nu door het CbB gesanctioneerde standpunt van de NZa tegen het licht houden.

### 3.6 Onderscheiden zorgprestaties

De Vereniging Huisartsenposten Nederland en de Landelijke Huisartsen Vereniging klaagden bij de NZa dat het tarief voor 'zorg op afroep' (de 'SOS-arts') in strijde is met de Wmg, omdat onvoldoende onderscheid kon worden gemaakt tussen huisartsenzorg en deze 'zorg op afroep' van een (huis)arts. Bovendien was het bezwaar dat een huisarts dit tarief niet in rekening mocht brengen voor eigen (ingeschreven) patiënten. Het CbB verwierp deze bezwaren. Het onderscheid is al gegeven met het feit dat de zorg op afroep ook door basisartsen (niet-huisartsen) kan worden verleend en ter afbakening verder de NZa de regel kon stellen dat voor eigen patiënten de huisartsen dit tarief niet mogen rekenen, omdat dan onduidelijk kan zijn in welke hoedanigheid een huisarts visiteert en een tarief rekent. De zorgprestaties zijn met andere woorden onderscheiden en moeten in dat geval dan ook verder uit elkaar worden gehouden in het declaratieverkeer.<sup>24</sup>

24 CbB 6 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:173, TvGR 2014/31.

### 3.7 EVRM

De vraag of een tariefkorting in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol van het EVRM (verbod van ontneming of regulering van eigendom zonder toereikende wettelijke grondslag en gerechtvaardigde reden) werd nog weer eens beantwoord in de hierna nog verder te bespreken zaak van het Amphia Ziekenhuis te Breda voor het CBB.<sup>25</sup> Voor kortingen ziet het CBB in de Wmg een toereikende wettelijke grondslag. Aan de beoordeling van de 'fair balance' tussen maatregel en doel kwam het CBB niet toe, omdat ten onrechte was gesteld dat de korting op de vrije tarieven van de ziekenhuizen zou worden toegepast. Het stelsel van kortingen op de gereguleerde tarieven was al eerder in overeenstemming geacht met het EVRM. Een andere uitspraak met een opvallende ontbrekende verwijzing naar (artikel 8 van) het EVRM was het sluitstuk in de privacybescherming in de GGZ voor wat betreft de declaratiebepalingen. Zie daarvoor paragraaf 4.2 en de annotatie van G. Overkleeft-Verburg in de RZA.<sup>26</sup>

## 4. Thema's in tariefstelsel

### 4.1 Macrokortingen

Hadden andere ziekenhuizen de strijdbijl over de overschrijding van 2009 begraven,<sup>27</sup> zo niet het Amphia Ziekenhuis te Breda, dat de aanwijzing van de minister ex artikel 7 Wmg aanvocht voor de structurele korting van € 314 mln.<sup>28</sup> Het kortingsbedrag loont uiteraard de moeite van verzet, want kost elk ziekenhuis een paar miljoen in het budget (voor het Amphia € 4,9 mln.). Het financiële beleid van de minister ligt vast in het Budgettair Kader Zorg (BKZ). Voor het ziekenhuiskader was in 2009 € 12,6 mrd. beschikbaar voor zowel het A (geregu-

leerde) als het B-segment (vrije tarieven). De totale uitgaven in het A- en B-segment van het ziekenhuiskader in 2009 bedroegen € 12,9 mrd., waarmee het ziekenhuiskader met ruim € 316 mln. was overschreden. Mag nu de korting op te leggen in het A-segment de overschrijding in het B-segment meetellen? Het CBB gaf aan haar eerdere uitspraak van 13 juli 2011<sup>29</sup> een algemenere strekking. In die uitspraak was niet gedifferentieerd tussen de korting in A- en B-segment, maar daaruit mag niet a contrario worden afgeleid, dat in het B-segment niet aan kostenbeheersing kan worden gedaan. Hoewel een eigen macrobeheersingsinstrument (zie hiervoor de inleiding op deze kroniek) pas per 1 januari 2012 werd ingevoerd, betekent dat niet dat niet al eerder gold, dat de volledige overschrijding niet mag worden gekort in het gereguleerde deel (de enige mogelijkheid daartoe uiteraard). De overschrijding mag als taakstelling voor de ziekenhuizen daar worden opgelegd, waar zij kan worden uitgevoerd, is de strekking. Evenmin ging het CBB mee in de redenering dat aan de korting een prestatiecontract ten grondslag moest liggen, omdat dit eerder wel het geval is geweest.

### 4.2 Privacy bij declaraties GGZ

In deze ronde treffen we het sluitstuk aan van de strijd rond de declaraties in de GGZ en de privacybescherming daarop: CBB 21 maart 2013.<sup>30</sup> Stichting de Koepel van DBC-vrije Praktijken van Psychotherapeuten en Psychiaters kwam op tegen de uitvoering die de NZa heeft gegeven aan de eerdere uitspraken van het CBB van 2 augustus 2010 en 8 maart 2012.<sup>31</sup> De NZa heeft op 5 juni 2012 de regeling Declaratiebepalingen DBC GGZ gewijzigd en een uitzonderingsbepaling opgenomen voor de DBC-informatieplicht voor privacybezwaarden en zelfbetalers. Met name de regeling dat het achterwege blijven van tot de diagnose herleidbare

25 CBB 24 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:94.

26 CBB 21 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6194, RZA 2013/14.

27 Zie de civiele procedure in twee instanties voor de Rechtbank en het Gerechtshof 's-Gravenhage, besproken in J.G. Sijmons, 'Kroniek rechtspraak Wet marktordening gezondheidszorg', TvGR 2011, p. 135-136.

28 CBB 24 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:94.

29 CBB 13 juli 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BR1384, besproken in Sijmons 2011 (zie noot 27), p. 499.

30 CBB 21 maart 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ6194, GJ 2013/74, RZA 2013/14, m.nt. Overkleeft-Verburg.

31 Zie daarvoor Sijmons 2011 (zie noot 27), p. 132-133 en Sijmons 2012 (zie noot 5), p. 500.

Prof. mr. J.G. Sijmons

gegevens op de declaraties een schriftelijke verklaring vraagt ondertekend door zowel de patiënt als de zorgaanbieder, vindt het College een redelijke afweging ('binnen de grenzen van een redelijke beleidsbepaling'). Een eenzijdige verklaring rechtvaardigt geen uitzondering op de declaratievoorwaarden. De toezegging van de NZa gebruik te maken van haar mogelijkheid via het mechanisme van op te leggen verplichtingen bij aanmerkelijke marktmacht (artikel 48 Wmg) ingeval de regeling leidt tot uitsluiting bij contractering door de zorgverzekeraars, stelt nog niet echt gerust (zie onder paragraaf 6).

#### 4.3 Mondzorg: uitgangspunt tariefregulering

Een voorlopig sluitstuk is ook de uitspraak inzake de mondzorg voor wat betreft de orthodontietarieven.<sup>32</sup> Jarenlang is geprocedeerd over de hoogte van de tarieven van de orthodontie, waarvan de NZa meent dat zij door stelselmatige doelmatigheidsverbeteringen radicaal naar beneden konden worden bijgesteld. Nu gebitsregulatie zo breed is ingeburgerd, niet alleen meer bij schoolkinderen maar ook bij volwassenen, lijken de tarieven niet een echt obstakel voor de consument. De NZa heeft door onderzoeken de praktijkkosten en rekennorm voor de praktijk opnieuw trachten vast te stellen voor juiste tarieven. Door een eerdere vernietiging van de beslissingen op bezwaar aangaande de op dit onderzoek gebaseerde tariefbeschikkingen van 21 mei 2007 moest de NZa in 2009 opnieuw op bezwaar beslissen. Op dat moment laat zij de feitelijke onderbouwing van haar tarieven door nader onderzoek los en kiest voor een 'normatieve benadering' zonder nadere feitelijke grondslag, de *easy way out*. Dat gaat het CBb nu toch te ver, omdat het onderzoek ver gevorderd was en het overleg met de koepelorganisaties van ANT en NMT zo ver was voortgeschreden dat er nog slechts een gering verschil in standpunten resteerde. Een terugkeer naar de tariefuitsgangspunten van voor 1 juli 2007 achtte het College niet verenigbaar met het uitgangspunt van

de tariefregulering, namelijk dat het tarief de beroepsbeoefenaren in staat moet stellen hun kosten terug te verdienen en een redelijk inkomen te genereren. Een feitelijke basis daarvoor is dus onontbeerlijk, is de conclusie.

Op het gebied van de mondzorg spelen nog twee andere uitspraken die het vermelden waard zijn. Namelijk de invoering en de afschaffing van het experiment vrije prijzen in de mondzorg. De NZa heeft op aanwijzing van de minister van VWS bij wijze van experiment ingevolge artikel 58 Wmg de vrije prijsvorming in de mondzorg per 2012 ingezet. Onder politieke druk naar aanleiding van de eerste resultaten van de tariefontwikkeling in 2012 is dit experiment weer ingetrokken. Over beide werd geprocedeerd. Appellanten stelden in de eerste procedure tegen de invoering van het experiment met de vrije tarieven dat het gehele experiment onwenselijk (onrechtmatig) is. De invoering van het experiment zou onder onverantwoorde tijdsdruk tot stand zijn gekomen, terwijl de koepelorganisaties van tandartsen mogelijk slechts met de vrije prijsvorming hebben ingestemd om verdere tariefkortingen zoals bijvoorbeeld bij de orthodontisten te voorkomen. Het CBb acht het experiment een vrije beleidskeuze van de minister krachtens artikel 7 en 58 Wmg. Het experiment is pas ingevoerd na een tweetal consultatiedocumenten en een onderzoek door het bureau TNS Nipo, terwijl de koepelorganisaties de minister hebben bericht dat zij voorstander zijn van het experiment. Het CBb vindt daarom dat de minister in redelijkheid heeft kunnen besluiten tot invoering ervan. De klachten met betrekking tot de prestatiebeschrijvingen die de basis zouden moeten blijven van de vrije prijzen slagen evenmin. Ook de prestatiebeschrijvingen zijn tot twee keer toe besproken met de koepels, wetenschappelijke verenigingen, verzekeraars en consumentenorganisaties. Ook was niet gebleken dat de prestatiebeschrijvingen de praktijkvoering belemmeren, terwijl de geboden vrijheid de tandartsen en orthodontisten de ruimte biedt om te differentiëren naar zorgin-

32 CBb 18 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY6920, GJ 2013/35.

houd en prijs. Daarmee was het beroep ongegrond.<sup>33</sup> In een civiel appel werd door de NMT, de ANT en enkele andere koepels gevorderd dat de aanwijzing door de minister tot intrekking van het experiment vrije tarieven in de mondzorg buiten werking zou worden gesteld. De voorzieningenrechter wees de vorderingen af, waarna eisers de zaak in appel voor het Gerechtshof te 's-Gravenhage brachten. De vraag lag voor of de voorhangprocedure van artikel 8 Wmg door de minister was geschonden. Het Hof oordeelde voorshands, dat de voorgeschreven bijzondere voorbereidingsprocedure voor aanwijzingen niet van zodanig wezenlijke aard is, dat de schending daarvan maakt dat de aanwijzing reeds daarom in algemene zin onverbindend zou zijn. Noch uit het wettelijke stelsel, noch uit de parlementaire geschiedenis vloeit voort dat artikel 8 Wmg er mede toe strekt de betrokkenheid van belanghebbenden bij de voorbereiding van een aanwijzing te waarborgen. De NMT c.s. klaagden dat zij niet in de gelegenheid waren gesteld hun belangen te bepleiten bij het parlement, maar het Hof meent dat daar amper de gelegenheid voor was geweest, hetgeen niet afhankelijk is van de voorhangprocedure (zo kan men het arrest lezen). Op de toepassing van dit relativiteitsvereiste in het licht van de recente introductie van dit beginsel in de Awb ziet de annotatie van Den Hollander.<sup>34</sup>

#### 4.4 Kapitaallasten

In de vorige kroniek is niet meer meegenomen de uitspraak van het CbB van 12 juli 2012 over de kapitaallastenproblematiek van de ziekenhuizen. Onder het systeem van functiegerichte budgettering waren de kapitaallasten onafhankelijk van de productie gegarandeerd door vergoeding van vaste jaarlijkse afschrijfpercentages. Met ingang van 2012 is een nieuw bekostigingsmodel ingevoerd, waarbij deze gegarandeerde vergoeding vervalt, behoudens een overgangsregeling en een regeling voor de compen-

satie van de immateriële vaste activa 2010. Orbis te Sittard verzocht om een versnelde afschrijving van een materieel vast actief, dat in de loop van 2009 buiten gebruik was gesteld. Het gesloopte oude Maasland Ziekenhuis stond als 'spookgebouw' met de afschrijvingen in de boeken en moest daaruit, zodat Orbis schoon aan de start van een nieuwe bekostiging zou kunnen verschijnen. Het CbB hield echter vast aan de definitie van het begrip immateriële activa uit de Beleidsregel Compensatie IVA 2010, waardoor deze afschrijving niet versneld in het tarief kon worden verwerkt. Het enkele feit dat een spookgebouw buiten de boot viel, was ook geen bijzondere omstandigheid in de zin van artikel 4:84 Awb, nu zij geldt voor meerdere ziekenhuizen en evenmin gebleken was dat de overgangsregeling van de Beleidsregel Garantieregeling kapitaallasten 2011-2016 niet toereikend zou zijn.<sup>35</sup> Naar deze lijn verwees het CbB ook in een serie latere uitspraken over de compensatie IVA, waaronder voor het Admiraal De Ruyter Ziekenhuis.<sup>36</sup> In een andere uitspraak ten aanzien van het Admiraal De Ruyter Ziekenhuis werd daar nog het oordeel aan toegevoegd dat de NZa mag vasthouden aan haar vaste afschrijfpercentages van 2% voor gebouwen. Niet valt uit te sluiten dat gelet op de overgang van het systeem van functiegerichte budgettering naar prestatiebekostiging onverkort toepassen hiervan bijzondere omstandigheden zou opleveren, te toetsen aan artikel 4:84 Awb. Het College vond echter in dit geval niet aannemelijk gemaakt dat de financieringsproblemen van de nieuwbouw in Middelburg met een gelijktijdige afstoting van het gebouwencomplex te Vlissingen met een resterende boekwaarde vooral verband houdt met investeringsbeslissingen die genomen waren op een tijdstip waarop zij nog geen rekening dienden te houden met het nieuwe bekostigingssysteem en het daarbij te voeren overgangsbeleid. Ook overweegt het CbB letterlijk dat het ziekenhuis geen stukken heeft overgelegd waaruit blijkt dat het de extra kapitaallasten

33 CbB 7 november 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY2798, RZA 2012/77.

34 Gerechtshof 's-Gravenhage 27 november 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BY4151, GJ 2013/36, m.nt. P.W. den Hollander.

35 CbB 12 juli 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BX1252.

36 CbB 17 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:129, maar zie bijv. ook CbB 6 mei 2014, ECLI:NL:CBB:2014:179 e.a.

Prof. mr. J.G. Sijmons

niet kan dragen. Instellingen lijken wel heel erg op zichzelf te zijn aangewezen, verzucht de annotator van deze uitspraak.<sup>37</sup>

#### 4.5 Functionele bekostiging

In een tweetal uitspraken bevestigt het CbB het beleid van de minister en de NZa inzake functionele bekostiging. Dit houdt in dat de zorgprestatie in beginsel beslissend is voor het tarief en niet wie deze prestatie uitvoert (welke beroepsbeoefenaar). Dit is het geval bij de uitspraak over de orthodontietarieven van tandartsen algemeen practici en orthodontisten. In beroep werd niet aannemelijk gemaakt dat de onderliggende verschillen in de praktijksituatie van de tandartsen en orthodontisten van dien aard waren dat het uitgangspunt van de gelijke bekostiging voor dezelfde prestaties onredelijk of anderszins onaanvaardbaar zou moeten worden geacht.<sup>38</sup> Van gelijke strekking is de uitspraak inzake het tariefverschil tussen apothekers en apotheekhoudende huisartsen. Volgens het CbB was uit door de NZa uitgevoerd onderzoek voldoende grond voor de vaststelling van gelijke tarieven voor de apotheekhoudende huisartsen en apothekers gebleken.<sup>39</sup> Deze beslissing wordt in een latere uitspraak nog eens bevestigd, waarbij slechts het principe als zodanig tegen gelijkstelling in stelling werd gebracht. Het CbB overwoog uitdrukkelijk dat sinds de inwerkingtreding van de Wmg als geldend uitgangspunt dient dat uit het oogpunt van evenwichtige tarieven voor gelijke prestaties gelijke tarieven moeten gelden.<sup>40</sup>

### 5. Bijzondere omstandigheden

- *Geabstraheerde omstandigheden*

Een formule die steeds weer terugkeert is dat voor een beroep op bijzondere omstandigheden als

bedoeld in artikel 4:84 Awb niet voldoende is dat gewezen wordt op omstandigheden waarvan de betrokken beleidsregel juist bewust heeft geabstraheerd. De in paragraaf 4.1 besproken korting van € 314 mln., waartegen ook het Amphia Ziekenhuis opkwam, was voor het Atrium Medisch Centrum Parkstad reden om een beroep te doen op bijzondere omstandigheden.<sup>41</sup> Atrium stelde haar ziekenhuis te moeten exploiteren in een krimpregio met ontgroening en dubbele vergrijzing, terwijl zij de concurrentiële druk van een nieuw ziekenhuis ervaart. Aan de overschrijding in 2009 heeft zij niet bijgedragen. Het CbB meent echter dat de kortingsmaatregel in de beleidsregel abstraheert van de mate van overschrijding door het individuele ziekenhuis. De korting is een collectieve verantwoordelijkheid, een keuze die rechtmatig is, zoals het CbB ook eerder al oordeelde.<sup>42</sup> Dat laat onverlet dat er nog andere bijzondere omstandigheden kunnen zijn, die niettemin een dergelijke beleidsregel onevenredig benadelend doen zijn. De NZa riposteerde met een verwijzing naar de financiële draagkracht van het Atrium Medisch Centrum Parkstad en de omstandigheid dat de kwaliteit niet in het geding was. In de lijn van eerdere jurisprudentie aanvaardt het CbB ook hier dat de onevenredigheid in dat licht niet voldoende geconcretiseerd was.

Zie echter ook de uitspraken in paragraaf 4.4.

### 6. NZa als marktmeester: interventies aanmerkelijke marktmacht

Een eenzame uitspraak op dit gebied is de afwijzing van de klacht van twee huisartsen uit Castricum die opkomen tegen de power play van de zorgverzekeraar UVIT. Die weigert individueel in onderhandeling te gaan met de huisartsen en verlangt ondertekening van het standaardcontract op straffe van stopzetting van betalingen. De huisartsen vinden dat UVIT een aanmerkelijke marktmacht heeft in de zin van artikel 47 Wmg en dat zij daar misbruik van maakt. Een verplichting opleggen zou een

37 CbB 17 september 2013, ECLI:NL:CBB:2013:130, *GJ* 2014/40, m.nt. Linders en Pill.

38 CbB 18 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BY6922, *RZA* 2013/5.

39 Zie CbB 5 februari 2013, ECLI:NL:CBB:2013:BZ4367.

40 CbB 28 mei 2013, ECLI:NL:CBB:2013:CA3048, *RZA* 2013/21.

41 CbB 6 maart 2014, ECLI:NL:CBB:2014:95.

42 CbB 29 januari 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH3024.

juiste maatregel van de NZa zijn. De NZa gaat daar niet op in en onderzoekt de klacht verder niet eens. Zij verwijst naar haar 'prioriteringsbeleid' op grond van de Beleidsregel Aanmerkelijke Marktmacht. Een vorm van inkoopmacht is op zichzelf geen mededingingsprobleem en het doen van een niet-onderhandelbaar aanbod is evenmin op zich onrechtmatig. Aldus ook eerder het CBB in 2009<sup>43</sup> en de Hoge Raad in 2005.<sup>44</sup> Het prioriteringsbeleid als zodanig, waarbij uitgangspunt was de bevinding van de NZa dat bij de zorginkoopmacht van zorgverzekeraars nauwelijks negatieve gevolgen (voor de consument) zijn waargenomen, acht het CBB niet onredelijk of anderszins onrechtmatig. De NZa houdt de vinger aan de pols met behulp van de 'Good Contracting Principles' en mocht daarom terecht afzien van nader onderzoek.<sup>45</sup>

## 7. Handhaving

### 7.1 Last onder dwangsom

In de uitspraak van de NMT tegen de NZa bij het CBB<sup>46</sup> tegen een aanwijzingsbesluit om op grond van artikel 61 Wmg gegevens te verschaffen die vertrouwelijk en vrijwillig van tandartsen in een onderzoeksproject waren verkregen, legde de NZa een last onder dwangsom op. Het CBB oordeelt dat de gegevens weliswaar van belang zijn voor een goede invulling van de publiekrechtelijke taak (met het oog op het kunnen gelijkschakelen van de tarieven van tandartsen en orthodontisten voor orthodontie), maar een rechtmatige uitoefening van de bevoegdheid tot het geven van een dergelijke aanwijzing vergt een afweging van belangen. De toegezegde vertrouwelijkheid is een zwaarwegend belang en daarmee heeft de NZa onvoldoende rekening gehouden. Het beroep is daarom gegrond en de aan-

wijzing wordt vernietigd. Opvallend is hier nog dat bij voorlopige voorzieningen de verzoeken tot schorsing nog werden afgewezen. Veel nieuwe informatie zal toch niet hebben voorgelegen.<sup>47</sup>

### 7.2 Bestuurlijke boete

Louter als illustratie van het huidige beleid waarbij de overtreder van het verbod van artikel 35 Wmg kan rekenen op een bestuurlijke boete zij nog verwezen naar de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 19 juni 2014.<sup>48</sup> De NZa legde een boete op voor een zogenaamde Invisalign-beugel, waarbij extra kosten boven op de NZa-tarieven werden gedeclareerd. Het wederrechtelijk voordeel zou € 380.000 hebben bedragen. Volgens de richtlijnen zou een bestuurlijke boete van 5% van de netto omzet uitkomen op € 57.000. De NZa zag boete bezwarende omstandigheden en legde een boetebedrag van € 399.000 op. Dat vindt de rechtbank niet evenredig. Het bedrijf is immers failliet en de eiser wordt hoofdelijk aansprakelijk gesteld in privé. De curator heeft in het faillissement opgemerkt dat eiser in privé geen verhaal bood. De rechtbank matigt het boetebedrag tot € 200.000, hetgeen wel evenredig zou moeten zijn, en matigt nog eens verder met 5% vanwege een schending van artikel 6 EVRM, omdat met de afdoening in eerste aanleg meer dan twee jaar gemoeid is geweest. Eindsaldo € 195.000. Het zal de gefailleerde niet veel verlichting bieden.

### Tot slot

Zoals in de kroniek al een paar keer heeft geklonken, sluiten de uitspraken in deze periode waarschijnlijk een tijdperk af waarin de NZa veel ruimte kreeg om de overgang van de budgettering naar de prestatiebekostiging te maken. De klem op de kostenontwikkeling blijft en er blijven sectoren met gereguleerde tarieven die niet worden vrijgegeven.

43 CBB 24 november 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BK5722.

44 HR 8 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS2706, NJ 2005/482, GJ 2005/89.

45 CBB 1 oktober 2013, ECLI:NL:CBB:2013:180, GJ 2013/153, TvGR 2014/1.

46 CBB 27 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:97, GJ 2014/79, NJB 2014/1033, RZA 2014/5, JOR 2014/132, m.nt. Nuyten.

47 CBB 7 januari 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BP0669, zie verder Sijmons 2012 (zie noot 5), p. 494.

48 Rb. Rotterdam 19 juni 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:4751, GJ 2014/127, RZA 2014/18.

Prof. mr. J.G. Sijmons

Daardoor is een volgende kroniek te voorzien met nieuwe terminologieën maar een strijd om dezelfde principes. De NZa zal dan inmiddels zelf enkele wijzigingen hebben ondergaan en mogelijk haar focus op de zorgverzekeraars op de zorginkoopmarkt hebben scherp gesteld.