akd benelux lawyers

Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst

8 april 2021

Klaas Meersma, Bart Roozendaal, Joris Rijken

I Samenvatting

I.1 Inleiding

In de Nederlandse ziekenhuiszorg zijn circa 7.000 medisch specialisten werkzaam als vrijgevestigd medisch specialist. Met enige regelmaat wordt de gedachte geopperd om alle vrijgevestigde medisch specialisten verplicht in loondienst van het ziekenhuis te laten treden.

De vaste commissie Volksgezondheid, Welzijn en Sport van de Tweede Kamer heeft opdracht gegeven tot een juridische analyse van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten. De opdracht bevat een aantal vragen, die hierna worden besproken.

I.2 Welke doelen beoogt men met verplichte loondienst voor medisch specialisten te bereiken en kloppen de veronderstellingen die daaraan ten grondslag liggen? (vraag 1 en 2)

In de eerste plaats draagt een dienstverband bij aan gelijkgerichtheid in het ziekenhuis.

Uit interviews die wij met (oud)bestuurders van ziekenhuizen hebben gehouden, komt in overwegende mate naar voren dat de vrijgevestigde status van medisch specialisten de bestuurbaarheid van het ziekenhuis vermindert. Het eigen financiële belang van een individuele medisch specialist, vakgroep of het MSB als geheel staat er soms aan in de weg dat een beleidswens van het ziekenhuis gerealiseerd kan worden.

Een apart bedrijf van medisch specialisten naast het ziekenhuisbedrijf compliceert de governance. Vrijwel ieder besluit van een ziekenhuisbestuur vraagt inbreng van een medisch specialist. Het ligt bij een dergelijke rol niet voor de hand dat die medisch specialist dan werkzaam is in een ander bedrijf met eigen belangen. De contractuele verhouding tussen ziekenhuis en MSB is weliswaar een overeenkomst van opdracht, maar het ziekenhuis heeft als opdrachtgever niet de instrumenten die men op basis van de wettelijke, statutaire en contractuele verantwoordelijkheden zou verwachten. De meeste ziekenhuisbestuurders die wij spraken, verwachten dat de opgave waar de ziekenhuiszorg de komende jaren voor staat beter gerealiseerd kan worden met medisch specialisten in loondienst.

Het voorgaande neemt niet weg dat een ziekenhuis naar de aard van de onderneming een complex bestuurlijk geheel is, ook als alle medisch specialisten in loondienst zijn.

In de tweede plaats wordt ervan uitgegaan dat de maatregel, naast eenmalige kosten, een belangrijke bezuiniging kan opleveren. Die ontstaat allereerst doordat bij de vrijgevestigde medisch specialisten de prikkel om te produceren wordt weggenomen. Daarnaast kost een vrijgevestigd medisch specialist meer dan een medisch specialist in loondienst. Dat verschil kan nog groter worden indien de medisch specialisten ook onder de WNT gebracht worden.

Wij hebben geen zelfstandig onderzoek gedaan naar de haalbaarheid van de geprognosticeerde bezuinigingen. Wij hebben de uitgangspunten die aan de bestaande veronderstelling ten grondslag liggen, wel getoetst. De verwachting dat door het wegvallen van de productieprikkel een bezuiniging gerealiseerd kan worden, is gebaseerd op onderzoek dat niet toepasbaar is op de huidige manier waarop medisch specialisten beloond worden. Voorts zijn extra kosten als gevolg

van het dienstverband niet meegenomen. Zo is het reëel rekening te houden met een ongewenste productiedaling wanneer vrijgevestigde medisch specialisten in loondienst gaan. Dat vraagt inzet van meer medisch specialisten om dezelfde productie te halen, en dus meer kosten. Dat maakt dat wij het realiseren van een bezuiniging door het wegvallen van de productieprikkel ongewis vinden.

Wanneer vrijgevestigde medisch specialisten in loondienst komen en daarbij de beloning via de WNT wordt gemaximeerd, kan wel een bezuiniging worden gerealiseerd. Op basis van onderzoek van de Federatie voor Medisch Specialisten kan daarbij uitgegaan worden van een gemiddeld winstdeel uit het MSB van circa € 270.000,- per fte. Ter vergelijking, de maximale bezoldiging voor een bestuurder in de zorg bedraagt € 209.000,-. Bij toepassing van de WNT kunnen ook medisch specialisten die nu reeds in loondienst zijn geraakt worden. Het komt voor dat die (ruim) boven de bestaande CAO beloond worden.

I.3 Op welke wijze kan een verplichte overstap van vrijgevestigd specialisten naar loondienst juridisch het beste worden vormgegeven, zonder weglekeffect? (vraag 3)

Er is een aantal wetten dat zich mogelijk leent voor het realiseren van een verplicht dienstverband. Wij menen dat de Wet toetreding zorgaanbieders het meest geëigende wettelijke kader vormt voor een dergelijke verplichting. Deze wet stelt reeds concrete eisen aan de organisatie en de bestuurlijke inrichting van een zorgaanbieder. Een bepaling die de zorgaanbieder verplicht zorg door medisch specialisten in loondienst te laten leveren past het beste in die wet.

In aanvulling kan in de WNT desgewenst een maximum worden gesteld aan de beloning van een medisch specialist.

I.4 Zijn er tussenvarianten denkbaar en zo ja, hoe zouden die juridisch het beste kunnen worden vormgegeven? (vraag 4)

Een zorgvuldige invoering vraagt waarschijnlijk dat ziekenhuizen en medisch specialisten een geruime tijd krijgen om zich voor te bereiden op de invoering van de maatregel.

Wij denken echter niet dat een ziekenhuizen en medisch specialisten geholpen zijn met een tussenvariant, bijvoorbeeld via een ‘ingroeimodel’ waarbij de verplichte loondienst alleen geldt voor nieuwe medisch specialisten. De creëert een besturingsprobleem voordat het er een oplost. De ervaring leert dat in een hybride vakgroep praktische en financiële complexiteit ontstaat die de besturing bemoeilijkt.

I.5 Welk juridisch risico loopt de overheid op een hoge, incidentele kostenpost voor eigendomsontneming? Kan daarbij worden ingegaan op de juridische waardebepaling van de goodwill? (vraag 5)

Bij de berekening van de opbrengst van de maatregel wordt in Zorgkeuzes in Kaart rekening gehouden met een verplichting om de medisch specialisten te compenseren voor verloren gegane goodwill. Daarbij wordt uitgegaan van een bedrag van € 2 miljard. De Federatie voor Medisch Specialisten gaat er daarnaast vanuit dat ook pensioeneffecten en inkomenseffecten gecompenseerd moeten worden.

De verplichting tot compensatie wordt gebaseerd op artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (**artikel 1 EP**). Het is echter zeer de vraag of de goodwill van medisch specialisten kwalificeert als eigendom in de zin van artikel 1 EP. De FMS definieert goodwill als een beloning voor over te dragen verdiencapaciteit en op deze wijze functioneert het systeem ook. Op basis van de beschikbare jurisprudentie menen wij dat deze vorm van goodwill geen eigendom is in de zin van artikel 1 EP. Negatieve inkomenseffecten en pensioeneffecten vallen in beginsel evenmin onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP. Daarbij komt dat naar onze mening sprake is van regulering van eigendom en niet van eigendomsontneming, zodat de overheid op grond van artikel 1 EP niet verplicht is een eventuele waardedaling integraal te compenseren.

Daarmee is gezegd dat wij in artikel 1 EP geen juridische grondslag zien die één-op-één dwingt tot de kostenpost voor compensatie in verband met goodwill zoals die in de berekeningen in Zorgkeuzes in Kaart en door de Federatie van Medisch Specialisten wordt gehanteerd.

Dat neemt niet weg dat de overheid bij de introductie van een verplicht dienstverband op grond van artikel 1 EP een *fair balance* moet treffen tussen de maatregel van een verplicht dienstverband en de daarmee te dienen doelen. Het is afhankelijk van de wijze waarop de maatregel wordt vormgegeven of wordt voldaan aan de *fair balance*-toets. Bij deze toets kan wel relevant zijn of er bij de regeling een vorm van tegemoetkoming wordt geboden voor geleden inkomstenverlies of het verdwijnen van goodwill-aanspraken of dat er een overgangstermijn wordt gehanteerd.

I.6 Op welke wijze kunnen eventuele beletselen het eenvoudigst en/of snelst worden weggenomen? (vraag 6)

De maatregel moet voldoen aan de verplichtingen die op Nederland rusten uit hoofde van het recht van de Europese Unie. Het gaat daarbij om de bepalingen over vrij verkeer van diensten en vrij verkeer van vestiging. Op dit punt heeft de wetgever weliswaar vrijheid om in het belang van de volksgezondheid inbreuken op deze rechten te rechtvaardigen, maar dan moeten deze maatregelen wel geschikt zijn om het doel te verwezenlijken. De maatregel mag bovendien niet verder gaan dan noodzakelijk is.

Om de vraag naar de noodzakelijkheid van een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten te kunnen beantwoorden, moet worden vastgesteld of er minder vergaande alternatieven zijn waarmee de overheid de nagestreefde doelen ook kan behalen. Hierbij is van belang dat verschillende maatregelen ten aanzien van vrijgevestigde medisch specialisten in het verleden, zoals de Integratiewet van 2000 en de invoering van integrale tarieven, kennelijk niet het door de overheid gewenste resultaat hebben gehad.

In een voorstel tot verplichte loondienst zou het te dienen belang, de overwogen alternatieven, de geschiktheid en de noodzakelijkheid van de gekozen maatregel in het licht van verdragsrechtelijke verplichtingen expliciet aan de orde moeten komen.

II Inhoudsopgave

I Samenvatting 2

I.1 Inleiding 2

I.2 Welke doelen beoogt men met verplichte loondienst voor medisch specialisten te bereiken en kloppen de veronderstellingen die daaraan ten grondslag liggen? (vraag 1 en 2) 2

I.3 Op welke wijze kan een verplichte overstap van vrijgevestigd specialisten naar loondienst juridisch het beste worden vormgegeven, zonder weglekeffect? (vraag 3) 3

I.4 Zijn er tussenvarianten denkbaar en zo ja, hoe zouden die juridisch het beste kunnen worden vormgegeven? (vraag 4) 3

I.5 Welk juridisch risico loopt de overheid op een hoge, incidentele kostenpost voor eigendomsontneming? Kan daarbij worden ingegaan op de juridische waardebepaling van de goodwill? (vraag 5) 3

I.6 Op welke wijze kunnen eventuele beletselen het eenvoudigst en/of snelst worden weggenomen? (vraag 6) 4

II Inhoudsopgave 5

III Inleiding 7

III.1 Aanleiding 7

III.2 Vraagstelling 7

III.3 Onderzoeksopzet en verantwoording 8

IV De positie van de vrijgevestigd medisch specialist 9

IV.1 Vóór 2015 9

IV.2 Integrale tarieven en de vorming van medisch specialistische bedrijven 10

IV.3 De samenwerking tussen het ziekenhuis en het MSB 11

IV.4 De verdeling van het honorarium in het MSB 12

IV.5 Participatiemodellen 12

IV.6 Goodwill 13

IV.7 Subsidie ten behoeve van de overstap naar loondienst 14

V De veronderstellingen getoetst 17

V.1 Inleiding 17

V.2 De bestuurbaarheid van het ziekenhuis 17

V.2.1 Gelijkgerichtheid als probleem 17

V.2.2 Integrale tarieven en gelijkgerichtheid 19

V.2.3 Uitkomsten van de interviews: is een gebrek aan gelijkgerichtheid een reëel probleem? 21

V.2.4 Het MSB kan gelijkgerichtheid bevorderen 24

V.2.5 Afrondend 25

V.3 Kostenbeheersing 25

V.3.1 Inleiding 25

V.3.2 De volumeprikkel....26
V.3.3 Personeelskosten....28
VI Een wettelijke regeling voor een verplicht dienstverband....29
VI.1 Inleidend....29
VI.2 Wet marktordening gezondheidszorg....30
VI.2.1 Doel en mogelijkheden - prestatiebeschrijvingen en tarieven....30
VI.2.2 Doel en mogelijkheden - regulering van de declaratiewijze....31
VI.2.3 Beoordeling....32
VI.3 Wet toetreding zorgaanbieders....33
VI.3.1 Doel en mogelijkheden....33
VI.3.2 Beoordeling....34
VI.4 Zorgverzekeringswet....34
VI.4.1 Doel en mogelijkheden....34
VI.4.2 Beoordeling....35
VI.5 De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg....35
VI.5.1 Doel en mogelijkheden....35
VI.5.2 Beoordeling....36
VI.6 De Wet normering topinkomens....36
VI.6.1 Doel en mogelijkheden....36
VI.6.2 Beoordeling....37
VI.6.3 Conclusie....39
VII Europees en internationaal recht....40
VII.1 Inleiding....40
VII.2 Recht van de Europese Unie....40
VII.2.1 Vrij verkeer....40
VII.2.2 Proportionaliteit....41
VII.2.3 Beoordeling....42
VII.3 EVRM....42
VII.3.1 Inleiding....42
VII.3.2 Artikel 1 EP....43
VII.3.3 Welk eigendom valt onder de bescherming van artikel 1 EP?....43
VII.3.4 Onteigening of regulering?....45
VII.3.5 Fair balance-test....45
VII.3.6 Beoordeling....46
VIII Afkortingenlijst....49

III Inleiding

III.1 Aanleiding

In het rapport 'Naar een toekomstbestendig zorgstelsel' van de Brede Maatschappelijke Heroverwegingen (april 2020)[1] en Zorgkeuzes in Kaart (juli 2020)[2] wordt een verplicht dienstverband voor alle medisch specialisten als beleidskeuze voorgesteld.

Deze ingreep dient gezien de opdracht voor dit onderzoek twee doelen. In de eerste plaats is het de verwachting dat dienstverband van de medisch specialist de gelijkgerichtheid in het ziekenhuis bevordert (parallelliteit van belangen). De gedachte bestaat dat een vrijgevestigd medisch specialist zijn gedrag mede laat leiden door zijn eigen financieel belang. Dat belang loopt niet altijd parallel met dat van het ziekenhuis, waardoor het ziekenhuisbestuur er niet in slaagt beleidskeuzes te realiseren.

In de tweede plaats zou het dienstverband een bijdrage leveren aan kostenbeheersing. Vrijgevestigd medisch specialisten worden veelal betaald per verrichting, waardoor er een prikkel ontstaat meer te doen en de kosten dus oplopen. Een verplicht dienstverband zou die prikkel wegnemen en een kostenbesparing opleveren. Bovendien kost een medisch specialist in loondienst minder. Naar de meeste recente inzichten van het CPB in Zorgkeuzes in Kaart het zouden beide effecten een bezuiniging van € 340 miljoen realiseren.

Daar staat tegenover dat door deze maatregel een verplichting voor de Staat tot compensatie van verloren gegane goodwill zou ontstaan. Dit wordt begroot op € 2 miljard.

De vaste commissie Volksgezondheid, Welzijn en Sport van de Tweede Kamer heeft opdracht gegeven tot een juridische analyse van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten.

III.2 Vraagstelling

De vaste commissie heeft de navolgende onderzoeksvragen geformuleerd:

1. Welk doel is gediend als medisch specialisten verplicht moeten overstappen naar dienstverband?
2. Welke vooronderstellingen liggen aan deze vraag ten grondslag en kloppen die?
3. Op welke wijze kan een verplichte overstap van vrijgevestigd specialisten naar loondienst juridisch het beste worden vormgegeven, zonder weglekeffect?
4. Zijn er tussenvarianten denkbaar en zo ja, hoe zouden die juridisch het beste kunnen worden vormgegeven?
5. Welk juridisch risico loopt de overheid op een hoge, incidentele kostenpost voor eigendomsontneming? Kan daarbij worden ingegaan op de juridische waardebepaling van de goodwill, en een vergelijking worden getrokken met andere wetgevingstrajecten waarin wel of niet is aangenomen dat sprake is van eigendomsontneming?
6. Op welke wijze kunnen eventuele beletselen het eenvoudigst en/of snelst worden

[1] Kamerstukken II 2019/20, 32 359, nr. 4.

[2] *Zorgkeuzes in Kaart: Analyse van beleidsopties van politieke partijen voor de zorg* (rapport van Centraal Planbureau, ministerie van Volksgezondheid Welzijn en Sport en ministerie van Financiën), juli 2020.

weggenomen?

Aanvullend op deze vragen zijn door individuele leden gezichtspunten aangereikt en is naar bestaande en historische casuïstiek verwezen die meegenomen kan worden bij de beantwoording van de vragen.

III.3 Onderzoeksopzet en verantwoording

Voor de beantwoording van vraag 1 en 2 over het doel van een overstap en de veronderstellingen die daaraan ten grondslag liggen hebben wij ons gebaseerd op bestaande literatuur. Daarnaast hebben wij met 22 personen gesproken, zowel (oud)bestuurders van ziekenhuizen als (vertegenwoordigers) van medisch specialisten. Wij hebben daarbij met de bestuurders die wij spraken anonimiteit afgesproken.

Vraag 3, 4 en 5 hebben wij beantwoord op basis van een juridische bureauanalyse.

Vraag 6 hebben wij niet afzonderlijk beantwoord. Dat heeft een plek gekregen in hoofdstukken VI en VII.

IV De positie van de vrijgevestigd medisch specialist

IV.1 Vóór 2015

Voorafgaande aan de invoering van integrale tarieven in 2015 was de positie van de vrijgevestigd medisch specialist in het Nederlandse ziekenhuis in juridisch opzicht als volgt.

Om als vrijgevestigde te kunnen werken in het ziekenhuis, sloot de medisch specialist in de eerste plaats een *toelatingsovereenkomst* met het ziekenhuis. In die overeenkomst verplichte het ziekenhuis zich om de medisch specialist in staat te stellen zijn vak uit te oefenen door hem ruimte, personeel, materiaal en andere benodigdheden ter beschikking te stellen. De medisch specialist verplichtte zich om zijn praktijk in het ziekenhuis uit te oefenen en daartoe zijn kennis, kunde en arbeid in te zetten.

In de tweede plaats vormde de vrijgevestigd medisch specialist met zijn collega's van hetzelfde specialisme veelal een *maatschap*. Die fungeerde als vehikel om afspraken te maken over de verdeling van het werk en de verdiensten.

In de derde plaats was de vrijgevestigd medisch specialist lid vanaf 2012 van *de stafmaatschap*. Daarin waren alle vrijgevestigd medisch specialisten van het ziekenhuis verenigd. De stafmaatschap is in 2012 in het leven geroepen om het ziekenhuis meer mogelijkheden te geven om afspraken te maken met de vrijgevestigd medisch specialisten over de kwaliteit van de zorg. Lidmaatschap van de stafmaatschap gold als voorwaarde om via het ziekenhuis te kunnen declareren aan zorgverzekeraars. De stafmaatschap functioneerde als verdeelstation van de totale honorariumlumpsum van alle medisch specialisten. De stafmaatschap kan in zekere zin worden beschouwd als de voorloper van het MSB.

De vrijgevestigd medisch specialist sloot in de vierde plaats *geneeskundige behandelingsovereenkomsten* met zijn patiënten.

Tot slot was de vrijgevestigd medisch specialist, net als zijn collega's in dienstverband, lid van de *Vereniging Medische Staf* die in het ziekenhuis functioneerde. De VMS was voor de raad van bestuur de gesprekspartner als het ging om kwaliteit en veiligheid. In het Document Medische Staf waren de samenwerkingsafspraken tussen de raad van bestuur van het ziekenhuis en de VMS neergelegd.

In deze systematiek declareerde de vrijgevestigd medisch specialist zijn honorarium via[3] het ziekenhuis aan de zorgverzekeraars. De medisch specialist die in deze context werkte, kwalificeerde voor de fiscus als fiscaal ondernemer. Daarmee genoot de vrijgevestigd medisch specialist fiscale voordelen zoals de MKB-winstvrijstelling en de zelfstandigenaftrek. Voorts was de medisch specialist, anders dan de specialist in loondienst, beter in staat zijn eigen inkomen te verhogen door meer patiënten te behandelen, in ziekenhuisjargon: 'productie' te draaien. Ook speelde de culturele factor een rol. De vrijgevestigd medisch specialist nam ten opzichte van het bestuur van het ziekenhuis een vrijere positie in dan de medisch specialist in loondienst.

[3] Art. 37 lid 1 sub a Wmg.

IV.2 Integrale tarieven en de vorming van medisch specialistische bedrijven

De introductie van integrale tarieven in 2015 betekende dat de vrijgevestigd medisch specialist geen eigen declaratierecht meer had jegens de patiënt of de zorgverzekeraar. Hij kon uitsluitend nog aan het ziekenhuis declareren.[4] Deze maatregel beoogde de gelijkgerichtheid van belangen van de instelling (veelal het ziekenhuis) en vrijgevestigd medisch specialisten te bevorderen.[5]

Bij het wegvallen van de mogelijkheid aan meerdere opdrachtgevers (zorgverzekeraars en patiënten) te declareren, werd de status van de vrijgevestigd medisch specialist als fiscaal ondernemer zonder nieuw arrangement onhoudbaar.

In reactie op de komst van integrale tarieven heeft de toenmalige belangenbehartiger van de medisch specialisten, de Orde voor Medisch Specialisten, zich tezamen met de Nederlandse Vereniging voor Ziekenhuizen (NVZ) ingespannen om modellen te ontwikkelen die de status van de vrijgevestigd medisch specialist als fiscaal ondernemer zouden veiligstellen en zouden voorkomen dat de medisch specialist in loondienst van het ziekenhuis zou komen.[6]

Dat leidde ertoe dat bij de invoering van integrale tarieven per 1 januari 2015 het overgrote deel van de vrijgevestigd medisch specialisten zich had georganiseerd in een *medisch specialistisch bedrijf*. Daarin zijn twee varianten waarneembaar.

In het transparante model[7] hebben de medisch specialisten zich verenigd in een *maatschap*. De maatschap is een contractueel samenwerkingsverband zonder rechtspersoonlijkheid. Om als fiscaal ondernemer te kwalificeren, moest de maatschap naast dienstverlening aan het ziekenhuis geladen worden met andere ondernemende activiteiten. De maatschap sluit een overeenkomst met het ziekenhuis waarin het zich verplicht tot het leveren van medisch specialistische zorg.

In het niet-transparante model hebben de vrijgevestigd medisch specialisten zich verenigd in een coöperatie. De vrijgevestigd medisch specialist is lid van de coöperatie. Hij sluit een ledenovereenkomst met de coöperatie die tevens een opdracht bevat tot het leveren van medisch specialistische zorg in het ziekenhuis. Er is geen overeenkomst tussen het ziekenhuis en de medisch specialist.

In sommige ziekenhuizen waar het MSB een coöperatie is, zijn ook de medisch specialisten in loondienst lid geworden van het MSB. In dat geval heeft het MSB ook de taken van de Vereniging Medische Staf overgenomen. Het voordeel van die figuur is dat de medische staf verenigd is in één orgaan. Dat maakt het overleg tussen raad van bestuur en medische staf minder complex.

Er zijn anno 2021 circa 60 MSB's actief. Die MSB's bieden plek aan 6500 fte medisch specialisten in vrij beroep. Die MSB's hebben voorts 770 fte in dienst.[8] Dat laatste laat zien dat de MSB's niet slechts organisatorische verbanden van vrijgevestigden zijn. Het in loondienst nemen van medisch

---

[4] Art. 31 Regeling medisch-specialistische zorg NR/REG-1732; thans art. 31 Regeling medisch-specialistische zorg NL/REG-1907a.

[5] Zie *Nederlandse Zorgautoriteit, Advies Integrale tarieven medisch specialistische zorg 2015* (rapport van de Nederlandse Zorgautoriteit), 28 juni 2013.

[6] Zie de brief van 17 december 2013 van de Orde van Medisch Specialisten en de NVZ aan het ministerie van Financiën.

[7] De aanduiding transparant en niet transparant heeft betrekking op de fiscale behandeling van de inkomsten van de medisch specialist.

[8] Https://www.demedischspecialist.nl/sites/default/files/210315_FMS%20-%20Gedwongen_overstap_dienstverband%20-%20Infographics.pdf

specialisten lijkt in strijd met de bestaansreden van MSB's, namelijk loondienst voorkomen. Er kunnen hier meerdere factoren een rol spelen. Dat kan meerdere oorzaken hebben. Er is recentelijk gewezen op het feit dat het aantal jonge medisch specialisten zonder vaste aanstelling de afgelopen jaren is toegenomen.[9] Zij krijgen vaak een tijdelijke aanstelling als *chef de clinique* waarop niet altijd een positie als vrijgevestigde volgt. Daar zou een financiële driver achter kunnen zitten. Een medisch specialist in dienstverband kost het MSB of de vakgroep minder dan een vrijgevestigde. Het verschil daartussen is extra inkomen voor de zittende medisch specialisten. Het kan ook zijn dat onzekerheid over de ontwikkeling van de medisch specialistische zorg tot voorzichtigheid bij MSB's bij het toelaten van nieuwe leden noopt. Verder is in deze cijfers mogelijk meegenomen dat in ieder geval één MSB alle dienstverbanders van het ziekenhuis waar het aan verbonden is heeft overgenomen.[10]

IV.3 De samenwerking tussen het ziekenhuis en het MSB

Het MSB waarin de vrijgevestigd medisch specialisten zich verenigd hadden, sloot vanaf 2015 een overeenkomsten met het ziekenhuis waarin de medisch specialisten werkzaam waren. In de meeste gevallen worden in een raamovereenkomst de algemene aspecten van de samenwerking geregeld. Daarbij wordt veelal aangesloten bij een model-samenwerkingsovereenkomst die bij de invoering van integrale tarieven door de Orde van Medisch Specialisten en de NVZ was opgesteld. Die regelt – in hoofdlijnen – dat het MSB medisch specialisten ter beschikking stelt die in het ziekenhuis de medisch specialistische zorg leveren. De overeenkomst bevat onder meer bepalingen over de totstandkoming van financiële afspraken, de kwaliteit van de zorg, de bijdrage van de medisch specialisten aan de ziekenhuisorganisatie, non-concurrentie en aansprakelijkheid.

Naast de samenwerkingsovereenkomst wordt jaarlijks een productieovereenkomst gesloten waarin financiële afspraken worden gemaakt. Daarbij wordt aangesloten bij de afspraken die het ziekenhuis met de zorgverzekeraars heeft kunnen maken.

De financiële afspraken tussen de ziekenhuizen en de MSB's waren in aanvang beleidsarm. De totale honorariumsom van medisch specialisten uit 2014 werd in 2015 aan de omzet van het ziekenhuis toegevoegd en vervolgens een op een doorbetaald aan het MSB. In de loop der jaren is dat aanvangsbedrag als percentage van de ziekenhuisomzet naar onze waarneming wel steeds als uitgangspunt genomen. In verschillende huizen zijn daarnaast aanvullende afspraken gemaakt. Die aanvullende afspraken kunnen betrekking hebben op:

- Een relatie tussen de honorariumomzet en het resultaat van het ziekenhuis
- Kwaliteitsafspraken
- Overname van ziekenhuiskosten door het MSB
- Inzet van personeel van het MSB in het ziekenhuis
- De bijdrage van leden van het MSB aan de besturing van het ziekenhuis.

De afspraak die het MSB met het ziekenhuis maakt, komt er in alle ons bekende gevallen op neer dat de totale honorariumomzet van het MSB begrensd is. Daarmee werkt de afspraak die ziekenhuizen met zorgverzekeraars in de vorm van aanneemsommen of plafonds door in de afspraak die de MSB's met ziekenhuizen hebben.

---

[9] *https://www.demedischspecialist.nl/pleidooi-van-casper-tax-aios-heelkunde-en-vicevoorzitter-van-de-jonge-specialist-alleen-samen-kunnen*

[10] *Zie hiervoor het jaarverslag van de Treant Zorggroep van 2018, te raadplegen via www.desan.nl*

In juridisch opzicht is er tussen het ziekenhuis en het MSB sprake van een overeenkomst van opdracht, met het ziekenhuis als opdrachtgever en het MSB als opdrachtnemer.[11] Wanneer het MSB een coöperatie is, sluit het MSB een overeenkomst van opdracht met de medisch specialist. De opdrachtnemer moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed opdrachtnemer in acht nemen.[12] De opdrachtnemer is voorts gehouden gevolg te geven aan een tijdig verleende en verantwoorde aanwijzing van de opdrachtgever omtrent de uitvoering van de opdracht.[13] Alhoewel er geen sprake is van een hiërarchische verhouding zoals bij de arbeidsovereenkomst, gaat het wettelijk systeem ervan uit dat de opdrachtgever in staat is om te bepalen hoe de opdracht uitgevoerd wordt. Daarbij is het gebruikelijk om in de verhouding tussen ziekenhuis-MSB-medisch specialist vast te leggen dat de aanwijzingsbevoegdheid van het ziekenhuis zich niet uitstrekt tot de professionele autonomie van de medisch specialist, en de professionele standaard respecteert.

Artikel 4 lid 1 sub b Wkkgz schrijft ook voor dat het MSB, althans de medisch specialisten zich bij hun werkzaamheden laten leiden door de op het ziekenhuis rustende verplichtingen en de regels die het ziekenhuis heeft vastgesteld omtrent de zorgverlening. Die verplichting moet schriftelijk vastgelegd worden. Met een samenwerkingsovereenkomst met het MSB voldoet het ziekenhuis aan die verplichting.

IV.4 De verdeling van het honorarium in het MSB

Vanaf 2015 hebben de meeste MSB's het LOGEX-Prestatiemodel gebruikt voor de verdeling van het honorarium onder de aangesloten medisch specialisten.

Het LOGEX-prestatiemodel vergelijkt de prestaties van een vakgroep in termen van gerealiseerde patiëntenzorg en doelmatigheid met de landelijke referentie voor die vakgroep, de LOGEX-benchmark. Het model maakt zichtbaar hoe een vakgroep presteert ten opzichte van wat op basis van de benchmark verwacht kan worden. Die prestatie is, meestal binnen een vooraf vastgestelde bandbreedte, vervolgens van belang voor de verdeling van het honorarium binnen het MSB. De 'score' die in het Logex-Prestatiemodel wordt behaald, is van belang voor de verdeling van het honorarium binnen het MSB. Dit model wordt in 90% van de ziekenhuizen gebruikt.

Een groot aantal ziekenhuizen en MSB's heeft het LOGEX-Prestatiemodel de afgelopen jaren doorontwikkeld naar een model dat uitgaat van beloning op basis van een vooraf te bepalen capaciteitsbegroting. Vooraf krijgt de vakgroep de ruimte waarbinnen ze de zorg moet leveren op basis van de contractafspraken zoals deze met de zorgverzekeraars zijn gemaakt. Die omvang is ook leidend voor de honorariumafspraak. Dit model beoogt de gelijkgerichtheid verder te vergroten, de volumegroei af te buigen en de medisch specialist vooraf in staat te stellen bewust keuzes te maken, inclusief het leveren van minder zorg of minder zware zorg.[14]

IV.5 Participatiemodellen

[11] *Dat geldt overigens ook voor de relatie tussen het ziekenhuis en de zorgverzekeraar. Alhoewel daar de term 'zorginkoop' is ingeburgerd, is er van koop en verkoop geen sprake.*

[12] *Art. 7:401 BW*

[13] *Art. 7:402 lid 1 BW.*

[14] Koen Luijckx en Rolf Bremmer, 'Nulgroei vraagt om juiste productieprikkel', *Medisch Contact* 4 maart 2021.

Bij de invoering van integrale tarieven werd ook rekening gehouden met de totstandkoming van participatiemodellen, waarbij medisch specialisten risicodragend zouden investeren in het ziekenhuis. Door risicodragend te investeren in het ziekenhuis als (indirect) aandeelhouder, heeft de medisch specialist belang bij een goed functionerend en renderend ziekenhuis.

Deze participatiemodellen hebben zich in de praktijk niet in de toen bedachte vormen gerealiseerd. Daarbij wordt het winstverbod in de medisch specialistische zorg als belemmering genoemd.[15]

Er zijn twee gevallen bekend van participatie door medisch specialisten in een ziekenhuis.

> *Ziekenhuis Bernhoven wordt geëxploiteerd door een besloten vennootschap met Stichting Bernhoven als enig aandeelhouder. Per 15 januari 2015 zijn vrijgevestigde medisch specialisten in dienst getreden bij het Bernhoven ziekenhuis, met gebruikmaking van de Subsidieregeling. De stichting Goodwillfonds Bernhoven is door de (voormalig) vrijgevestigde medisch specialisten van Bernhoven opgericht en heeft € 4,5 miljoen aan het ziekenhuis geleend. Op het moment dat de het wetsvoorstel winstuitkering in de zorg wordt aangenomen, zo was blijkens het jaarverslag 2017[16] en 2018[17] het idee, wordt deze lening geconverteerd naar aandelen ten behoeve van de medisch specialisten. Het wetsvoorstel winstuitkering in de zorg is in oktober 2019 door minister Bruins ingetrokken. Het aandeelhouderschap zal er voorlopig dus niet komen. Wel is tussen Bernhoven en de Stichting Goodwillfonds afgesproken dat de Stichting Goodwillfonds spreekrecht heeft in de Algemene Vergadering.[18]*
>
> *In het Rode Kruis Ziekenhuis is in 2014 een participatiemodel tot stand gebracht. Het Rode Kruis Ziekenhuis is toen overgenomen door Zorg van de Zaak, een abodienstverlener, die 95 % van de aandelen houdt. De medisch specialisten houden gezamenlijk 5% van de aandelen. Het gaat daarbij om aandelen waar uitsluitend zeggenschapsrechten aan zijn verbonden. Voor 'belangrijke' besluiten is minimaal 20% van de stemmen van de medisch specialisten nodig.[19]*
>
> *De zeggenschapsaandelen zijn ondergebracht in een Stichting Aandelenkantoor (STAK). De STAK waarborgt dat zeggenschapsaandelen bij beëindiging van dienstverband of het weggaan van een vrij gevestigd arts, niet kunnen worden meegenomen.*

IV.6 Goodwill

Voor 2015 was het de praktijk dat de medisch specialist die een opvolger in de positie bracht dat hij een toelatingsovereenkomst kon sluiten met het ziekenhuis, toe kon treden tot de maatschap en de stafmaatschap van het ziekenhuis en geneeskundige behandelingsovereenkomsten kon sluiten met patiënten, daarvoor goodwill kon ontvangen.

Goodwill functioneerde in zekere zin als toegang tot de praktijk:

---

[15] *Onderzoek mogelijkheden tot bevorderen participatiemodel* (rapport van EY & HVG Law), april, 2017.

[16] Jaarverslag Bernhoven 2018, p. 10.

[17] Jaarverslag Bernhoven 2017, p. 10.

[18] Jaarverslag Bernhoven 2019, p. 14-15

[19] Jaarverslag Rode Kruis Ziekenhuis Beverwijk 2019, p. 6.

"Het is een ingeburgerd systeem. De basis voor goodwill is hier gelegen in het krijgen van de mogelijkheid om een praktijk uit te oefenen als vrijgevestigd medisch specialist. In die zin zou het begrip goodwill binnen de medische praktijk ook vertaald kunnen worden als een soort "sleutelgeld". Met deze praktijk wordt uiteraard ook inkomen gegenereerd waarbij sprake kan zijn van "overwinst". De betaling voor goodwill heeft in de praktijk derhalve veelal een tweeledig karakter, te weten enerzijds sleutelgeld en anderzijds een vergoeding voor overwinst."[20]

De Federatie Medisch Specialisten definieert goodwill als een beloning voor over te dragen verdiencapaciteit.[21] Voor de berekening van goodwill werd in de meeste gevallen aansluiting gezocht bij een methodiek die door de Orde van Medisch Specialisten was ontworpen. In die systematiek werd de goodwill bepaald door te kijken naar de deelgerechtigdheid in de maatschapswinst. "Overwinst" in de zin van het verschil tussen een inkomen in loondienst en vrije vestiging was in die methodiek geen variabele.

Wanneer goodwill een reflectie is van het vermogen in de toekomst inkomen te genereren, gaat men ervan uit dat de medisch specialist dit voor een groot deel zelf kan beïnvloeden. Dat is echter niet het geval. De ruimte voor de medisch specialist wordt bepaald door het resultaat dat het ziekenhuis weet te realiseren in de onderhandelingen met de zorgverzekeraars. In die optiek ligt het eerder voor de hand dat de goodwill aan het ziekenhuis betaald wordt of aan het MSB.[22] De concurrentiekracht van de individuele medisch specialist is beperkt. Patiënten kiezen meestal niet voor een individuele medisch specialist, maar worden doorverwezen naar het ziekenhuis. Sommige medisch specialisten, in het bijzonder in de 'ondersteunende' specialismen, hebben geen eigen verwijsstroom of zien zelden of nooit een patiënt.

De financiering van goodwill door een toetredend medisch specialist is in de loop van de jaren problematischer geworden. Gegeven de onzekerheden in de medisch specialistische zorg zijn banken minder snel bereid financiering te verstrekken. Dat heeft ertoe geleid dat de traditionele manier van goodwill betaling – inleggen bij aanvang, ontvangen bij uittreding – op veel plekken is vervangen door een in- en uitverdienregeling. Een toetredend specialist ontvangt dan de eerste twee, drie of vier jaar nog niet een volledig winstaandeel. De financiële ruimte die daardoor ontstaat, wordt gebruikt om de uittredend medisch specialist ineens of gedurende een aantal jaren compensatie voor overgedragen verdiencapaciteit te betalen.

IV.7 Subsidie ten behoeve van de overstap naar loondienst

Indien goodwill niet gecompenseerd wordt, vormt dat een belangrijke belemmering om vrijwillig over te stappen naar een loondienstverband. Bij de overgang naar integrale tarieven is de Subsidieregeling Overgang Integrale Tarieven in de MSZ in het leven geroepen. In een evaluatie van die regeling constateert SiRM dat de subsidieregeling nauwelijks bijdraagt aan de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst. Aan 6% (465) van de vrijgevestigde medisch specialisten is de subsidie verleend, waarvan 97% in het eerste jaar van de subsidieregeling. De reden voor die overstap was vaak context gebonden, zoals grootschalige

[20] *Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen - rapportage goodwillvraagstuk* (rapport van Caraad-Belastingadviseurs in opdracht van de Nederlandse Vereniging voor Ziekenhuizen), exacte publicatiedatum onbekend.

[21] *Goodwill in het MSB-reglement praktijkwaardering* (reglement van de Federatie Medisch Specialisten), 5 februari 2015.

[22] D. Biesma, *De medisch specialist is (g)een alleskunner, Over het functioneren van vrijgevestigde medisch specialisten en maatschappen*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2015.

strategische herpositionering van het ziekenhuis of een fusie tussen een loondienstziekenhuis en een ziekenhuis met vrijgevestigden. Het beschikbare subsidiebedrag van €100.000 per overstappende medisch specialist is onvoldoende om de goodwillschade te dekken. Dat de inkomsten van de medisch specialist in loondienst veelal lager zijn, kan ook een rol hebben gespeeld.[23] Voor het ziekenhuis is het met de invoering van integrale tarieven ook minder makkelijk geworden om specialisten 'uit te kopen'. Bij het in loondienst nemen van medisch specialisten verwerft het ziekenhuis immers geen extra inkomstenstroom meer, hetgeen nog wel het geval was toen de specialist zijn honorarium via het ziekenhuis declareerde.

Huisartsen

Tot midden jaren tachtig was moesten jonge huisartsen die een praktijk van een oudere collega overnamen ongeveer 225.000 gulden aan goodwill betalen. De ratio achter de goodwillregeling was dat huisartsen geen pensioenvoorziening hadden en dat men met een goodwillregeling in deze leemte kon voorzien. Het gevolg was dat jonge huisartsen zich in de schulden staken om zich in te kopen. Praktijkovernames werden hierdoor bemoeilijkt. De rente die gemoeid ging met het aangaan van deze schulden werd bovendien verdisconteerd in het huisartsentarief. Toen in 1973 er een verplichte collectieve pensioenregeling voor huisartsen kwam, was er voor het betalen goodwill minder bestaansreden. De afschaffing van de goodwill bleek echter lastig. Wie moest namelijk de rekening betalen voor het uitkopen van huisartsen die zelf ook goodwill betaald hadden?

Op 18 maart 1985 is door de Staatssecretaris van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur en de Staatssecretaris van Economische Zaken enerzijds en de Landelijke Huisartsen Vereniging (hierna: LHV) anderzijds een convenant bekrachtigd. In deze overeenkomst is afgesproken dat ten behoeve van het goodwillvraagstuk bij huisartsen een stichting werd opgericht. De aanspraken van de huisartsen op de goodwill zijn vervolgens aan de stichting overgedragen. Huisartsen die voor 31 december 1985 goodwill hadden betaald konden bij praktijkoverdracht een beroep doen op het fonds. De grootte van de uitkering aan de huisartsen was gebaseerd op verschillende factoren zoals abonnementshonorering ziekenfondsen, honorarium particuliere patiënten en de verrichte bevallingen in het kader van de praktijkuitoefening.[24]

Per 1 januari 1987 was tevens een regeling ter uitvoering van het Convenant in werking getreden zodat huisartsen vanaf dat moment bij (gedeeltelijke) overdracht van hun praktijk geen vergoeding voor goodwill mogen bedingen. Indien huisartsen een contract aangingen met het goodwillfonds maar wel een uitkering uit het fonds ontvingen, dan werden zij geroyeerd van het ziekenfonds. Door de regeling werd goodwill in de huisartsenpraktijk voor een merendeel afgekocht.[25]

De rekening van afschaffing werd indertijd betaald door huisartsen zelf: zij gingen akkoord

---

[23] *Evaluatie subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ* (rapport van SiRM in opdracht van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), 14 mei 2019.

[24] Zie onder andere Besluit staatssecretaris van Financiën van 22 augustus 1995, nr. DG95/1096M en Besluit staatssecretaris van Financiën 9 maart 2001, nr. CPP2001/413.

[25] *Kamerstukken II* 1984-1985, 18 903, 2 en *Goodwill in de huisartsenpraktijk: een economische analyse* (rapport van Zorgmarktadvies), september 2015, p. 6.

met een minder honorarium om het afschaffen van de goodwillregeling te bekostigen. Overeenkomstig artikel 3 sub c van het convenant werden de kostenposten 'beroepsrisico' en 'rente goodwill' uit het tarief geëlimineerd om het Goodwillfonds te bekostigen. Ziekenfondsen en particuliere verzekeraars hielden dit goodwill-bestanddeel achter en stortte het 16 jaar lang in het Goodwillfonds. Wel werden de huisartsen (deels) op andere vlakken in het convenant gecompenseerd voor het schrappen van 'beroepsrisico' en 'rente goodwill' uit het tarief.[26]

De afgelopen jaren zijn er berichten verschenen over de terugkeer van goodwill in de huisartsenpraktijk. Minister Schippers onderzocht in 2016-2017 de juridische mogelijkheden om de Goodwill in de huisartsenpraktijk door wetgeving af te schaffen. Dit bleek juridisch onhaalbaar.[27] *Ook ten opzichte van medisch specialisten zijn de mogelijkheden met betrekking tot een Goodwillfonds al vaker onderzocht.* [28]

[26] Kamerstukken II 1984/85, 18 903, nr. 2.

[27] Kamerstukken II 2015/16, 33 578, nrs. 23 en 24.

[28] Zie bijvoorbeeld Kamerstukken II 2000/01, 27 401, nr. 4.

V De veronderstellingen getoetst

V.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de veronderstellingen getoetst die aan het beleidsvoornemen van een verplichte loondienst ten grondslag liggen. Daarbij kijken we eerst naar het effect van vrije vestiging op de bestuurbaarheid van ziekenhuizen. In hoeverre staat vrije vestiging in de weg aan parallelliteit van belangen? In de tweede plaats zullen we onderzoeken of het reëel is te veronderstellen dat een verplicht loondienstverband bijdraagt aan kostenbeheersing.

V.2 De bestuurbaarheid van het ziekenhuis

V.2.1 Gelijkgerichtheid als probleem

Waar doelt men op als men spreekt over het bevorderen van gelijkgerichtheid in de ziekenhuisorganisatie door de vrije vestiging af te schaffen?

In het `Bestuurlijk akkoord medisch-specialistische zorg 2019 t/m 2022' wordt omschreven wat gelijkgerichtheid (wel en niet) is:

> *"Anders dan het vooropstellen van (financieel) eigenbelang, gaat het om het gezamenlijk nastreven van kwaliteit en doelmatigheid."*[29]

SiRM heeft gelijkgerichtheid in de ziekenhuisorganisatie als volgt omschreven:

> *"Partijen bepalen samen wat er moet gebeuren om patiënten de Juiste Zorg op de Juiste Plek te bieden, hoe zij dit organiseren, wie wat gaat doen en wie er op welke manier voor gaat betalen".*[30]

Het lijkt erop dat wanneer verplichte loondienst wordt bepleit om gelijkgerichtheid te bevorderen, men bedoelt dat medisch specialisten zich beter voegen naar de doelstellingen van het ziekenhuis. Loondienst introduceert immers een hiërarchische verhouding. Dat sluit aan bij de tendens in de wetgeving om steeds meer verantwoordelijkheid bij het bestuur van het ziekenhuis te leggen.[31]

De volgende casus laat zien dat een doelstelling van een ziekenhuisbestuur soms moeizaam te realiseren is als gevolg van belangentegenstellingen tussen medisch specialisten onderling en tussen medisch specialisten en het ziekenhuis. Dit voorbeeld is ontleend aan een recente geanonimiseerde uitspraak van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg. Het geschil draait om een verdeling van werkzaamheden en inkomsten tussen vaatchirurgen en interventieradiologen.

---

[29] Bijlage bij de brief van de minister voor Medische Zorg en Sport van 4 juni 2018, te raadplegen via https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/06/04/kamerbrief-over-hoofdlijnenakkoord-medisch-specialistische-zorg-2019-2022.

[30] *Aanbevelingen ter bevordering van gelijkgerichtheid: Gelijkgerichtheid binnen het thema Juiste Zorg op de Juiste* Plek (rapport van SiRM), mei 2019.

[31] Wij doelen hier met name op de stappen die zijn gezet in de bekostiging van ziekenhuizen met de integrale tarieven als sluitstuk, maar ook op de eindverantwoordelijkheid van het bestuur van het ziekenhuis voor de kwaliteit en veiligheid van de zorg op grond van de Wkkgz.

Ziekenhuis X wil sinds 2008 komen tot een Geïntegreerd Vasculair Centrum. Daarvoor is de samenwerking tussen (interventie)radiologen en (vaat)chirurgen nodig. Tussen die twee beroepsgroepen is in de loop van de tijd een overlap in werkzaamheden ontstaan. Voor de totstandkoming van een geïntegreerd vaatcentrum is het noodzakelijk dat beide groepen gaan samenwerken en komen tot een gezamenlijke visie op deze patiëntenzorg. De radiologen en chirurgen slagen er echter gedurende vele jaren niet in om tot afspraken over samenwerking te komen. Het leidt tot een discussie over wie welke zorg mag doen, waarbij de gevolgen voor de inkomsten van de betrokken specialisten meespelen. De gesprekken daarover hebben de sfeer tussen beide groepen specialisten geen goed gedaan.

In 2013 wordt op initiatief van de raad van bestuur en het bestuur medische staf een mediation-traject gestart om beide partijen weer tot elkaar te brengen. Dat leidt niet tot een gezamenlijke oplossing.

Daarop neemt de raad van bestuur het initiatief over hetgeen in januari 2015 leidt tot het document "Bestuurlijke uitgangspunten Vaatcentrum". Dat resulteert vervolgens in een uitgewerkt plan voor het vaatcentrum, maar de realisatie van dit plan liep wederom vast op verschil van inzicht tussen de vaatchirurgen en de interventieradiologen over de gezamenlijke werkwijze, locatie van de werkzaamheden en de noodzaak tot het vaststellen van benodigde aantallen ingrepen voor behoud van bekwaamheid van beide groepen. Over dat laatste punt werd de discussie urgenter toen het opleidingsvisitatierapport voor de radiologen signaleerde dat de aantallen vasculaire interventies die de radiologen uitvoerden te laag was. Daarmee liep de opleiding radiologie die het ziekenhuis verzorgt gevaar. Gelet op het belang van de opleiding voor de financiële en operationele bedrijfsvoering van het ziekenhuis, was dat voor het ziekenhuisbestuur onaanvaardbaar. Er werd door de raad van bestuur een aanwijzing aan het MSB-bestuur gegeven, maar voordat het tot uitvoering kon komen, wijzigden de plannen weer mede als gevolg van de visitatie.

In de jaren 2016 en 2017 wordt tussen alle betrokkenen overlegd over verschillende scenario's voor een Vaatcentrum en volgen de plannen elkaar op, zonder dat dit tot realisatie daarvan leidt. Betrokken medisch specialisten blijven verschil van mening houden over de verdeling van patiënten. Om een doorbraak te forceren, worden de wetenschappelijke verenigingen van de vaatchirurgen en de interventieradiologen om advies gevraagd. De beroepsverenigingen doen echter geen uitspraak over de verdeling van de patiënten tussen de beide disciplines. Ondertussen komt de continuïteit van de interventieradiologie in gevaar. Twee interventieradiologen vertrekken omdat de samenwerking met de vaatchirurgen niet tot stand komt. Daarmee dreigt de vakgroep radiologie geheel te stoppen met interventieradiologie, hetgeen voor het bestuur van het MSB en het ziekenhuis niet aanvaardbaar is.

In 2018 willen het bestuur van het ziekenhuis en het MSB de totstandkoming van een geïntegreerd vaatcentrum forceren. Beoogde ingangsdatum van de samenwerking was 1 juli 2018. Maar in de tweede helft van 2018 worden de plannen voor een geïntegreerd vaatcentrum echter verlaten, noodgedwongen, omdat er te weinig bekwame interventieradiologen zijn. Het is nu alleen aan de vaatchirurgen om een vaatcentrum te realiseren, zonder de interventieradiologen. Dat plan ontmoet echter tegenstand onder de gehele medische staf. De bezwaren zijn financieel en zorginhoudelijk van aard. Voor wat

betreft dat laatste: de medische staf wil terug naar het concept van een geïntegreerd vaatcentrum waarin beide specialismen werkzaam kunnen zijn met behoud van bekwaamheid. De kwaliteit van zorg is gebaat bij een geïntegreerd vaatcentrum, een monodisciplinair centrum is niet meer van deze tijd.

Realisering van deze wens wordt echter bemoeilijkt doordat de laatste drie nog aanwezige interventieradiologen hun specialisatie hebben neergelegd; zij achten zichzelf vanwege gebrek aan ingrepen niet langer bekwaam. Om het geïntegreerd vaatcentrum met interventieradiologen toch te kunnen realiseren, zijn in het najaar van 2019 afspraken gemaakt met interventieradiologen uit een nabijgelegen ziekenhuis. Dat moet het mogelijk maken om in de eerste helft van 2020 tot een geïntegreerd vaatcentrum te komen. Daartoe hebben het bestuur van het ziekenhuis en het MSB twee externen gemandateerd om met een door de RvB en MSB-bestuur vastgesteld plan van aanpak aan de slag gaan.

Op 10 april 2020 wordt door het ziekenhuis en het bestuur MSB geconstateerd dat er bij de realisatie van het plan van aanpak geen voortgang is. Dat leidt tot een door de besturen bindend vastgesteld Inrichtingsplan voor het vaatcentrum, waar de betrokkenen alleen in onderling overleg en overeenstemming van kunnen afwijken. Het bevat onder meer een voorgeschreven verdeling van patiënten over beide vakgroepen. Aan de vier betrokken vaatchirurgen wordt een aanwijzing opgelegd, die er onder meer toe strekt dat het Plan van Aanpak en Inrichtingsplan worden uitgevoerd en de herhaaldelijk toegezegde schriftelijke medewerking, ook in de praktijk tot uitvoer wordt gebracht. De vaatchirurgen vechten deze aanwijzing in het najaar van 2020 aan bij het Scheidsgerecht voor de Gezondheidszorg.

Al die tijd komt het geïntegreerde vaatcentrum niet tot stand.[32]

Wij onderzoeken hierna of dit een geïsoleerd geval is, of dat het illustratief is voor een gebrek aan gelijkgerichtheid in het ziekenhuis waar vrijgevestigde medisch specialisten werken.

V.2.2 Integrale tarieven en gelijkgerichtheid

De introductie van integrale tarieven in 2015 beoogde onder meer een bijdrage te leveren aan gelijkgerichtheid van de instelling (veelal het ziekenhuis) en vrijgevestigd medisch specialisten (parallelliteit van belangen).[33]

Het lijkt er niettemin op dat er bij de totstandkoming van MSB's minder werk is gemaakt van het daadwerkelijk realiseren van die gelijkgerichtheid. De aandacht ging vooral uit naar het verkrijgen van de juiste fiscale status voor de MSB's en de aangesloten medisch specialisten.

Die gerichtheid op fiscaliteit veroorzaakte arrangementen in de onderlinge verhoudingen die de mogelijkheden van het bestuur om het ziekenhuis naar eigen inzichten te besturen, juist beperkten. Zo moest op last van de Belastingdienst in de overeenkomst tussen ziekenhuis en MSB een bepaling over vrije vervangbaarheid worden opgenomen. Dat betekende dat de medisch specialist contractueel gerechtigd is zelf te bepalen wie ingezet wordt in het ziekenhuis ter uitvoering van de

[32] Voorbeeld is ontleend aan een uitspraak van het Scheidsgerecht voor de zorg van 16 juli 2020, KG 20/09, te raadplegen via www.scheidsgerechtgezondheidszorg.nl.

[33] *Advies Integrale tarieven medisch specialistische zorg* 2015 (rapport van de Nederlandse Zorgautoriteit), 28 juni 2013.

opdracht die hij via het MSB van het ziekenhuis had gekregen.[34] Tussen ziekenhuis en MSB kunnen alleen afspraken gemaakt worden over algemene objectieve criteria waaraan een medisch specialist moet voldoen. [35] Daarmee verliest het bestuur van het ziekenhuis in belangrijke mate zeggenschap over wie er in het ziekenhuis als medisch specialist werkzaam is.

De directe contractuele relatie tussen ziekenhuis en medisch specialist verdween eveneens om fiscale redenen. Indien het ziekenhuisbestuur een medisch specialist wilde aanspreken, moest dat over de band van het bestuur van het MSB.

TIAS heeft in opdracht van het ministerie van VWS in 2016 een onderzoek gedaan naar de gevolgen van de invoering van MSB's voor de bestuurbaarheid. Dat onderzoek, kort na het ontstaan van MSB's, laat een gemengd beeld zien. Enerzijds wordt gesignaleerd dat de vorming van MSB's "ten koste [is] gegaan van de invloed van ziekenhuisbestuurders"[36], maar ook "dat MSB's de mogelijkheid bieden om op een heldere manier afspraken te maken met het collectief van vrijgevestigde medisch specialisten".[37] Niettemin zijn "[z]iekenhuisbestuurders en secretarissen [van de raad van bestuur] overwegend negatief over de opbrengsten van de invoering van het samenwerkingsmodel."[38]

Bij het aantreden van het kabinet Rutte III in 2017 was de doelstelling van gelijkgerichtheid ondanks de integrale tarieven nog onvoldoende verwezenlijkt. Het regeerakkoord van het kabinet Rutte III vermeldt: "Voor meer gelijkgerichtheid in het ziekenhuis stimuleren we dat medisch specialisten de stap maken naar het participatiemodel of loondienst."[39]

De afgelopen jaren heeft zich echter op dat vlak vrijwel geen ontwikkeling laten zien. Weinig medisch specialisten zijn overgestapt, het participatiemodel is niet van de grond gekomen. In het 'Bestuurlijk akkoord medisch-specialistische zorg 2019 t/m 2022' zijn ingrepen echter uitgesloten:

> *"Om de benodigde focus te richten op de transformatie naar de juiste zorg op de juiste plek zal gedurende de kabinetsperiode Rutte III de vrije keuze voor medisch specialisten om te werken in dienstverband of als vrij beroepsbeoefenaar gehandhaafd blijven en zullen medisch specialisten en gelijkgestelde beroepsbeoefenaren, te weten klinisch chemici, klinisch fysici en ziekenhuisapothekers (voor zover zij als zodanig werkzaamheden verrichten) buiten de werkingssfeer van de Wet Normering Topinkomens blijven."*[40]

---

[34] Er lijkt geen gebruik te worden gemaakt van die mogelijkheid. Medisch specialisten verlenen de diensten zelf.

[35] Zie https://www.demedischspecialist.nl/sites/default/files/Procedure%20vrije%20vervangbaarheid.pdf.

[36] *Op weg naar gezamenlijkheid, Quick scan integrale bekostiging en governance* (rapportage van TIAS in opdracht van ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), p. 3.

[37] Idem, p. 4.

[38] Idem. p. 5.

[39] Te raadplegen via https://www.kabinetsformatie2017.nl/documenten/publicaties/2017/10/10/regeerakkoord-vertrouwen-in-de-toekomst.

[40] Bijlage bij de brief van de minister voor Medische Zorg en Sport van 4 juni 2018, te raadplegen via https://www.rijksoverheid.nl/documenten/kamerstukken/2018/06/04/kamerbrief-over-hoofdlijnenakkoord-medisch-specialistische-zorg-2019-2022.

V.2.3 Uitkomsten van de interviews: is een gebrek aan gelijkgerichtheid een reëel probleem?

De besturing van ieder ziekenhuis draagt complexiteit in zich. De medisch specialist heeft als professional een eigen domein waarin hij autonoom opereert. Daarin heeft hij een eigen wettelijke verantwoordelijkheid voor de zorg die hij aan een individuele patiënt levert. De individuele ziekenhuisbestuurder – uitzonderingen daargelaten – heeft beperkte kennis van de werkzaamheden van de medisch specialist. Dat geeft de medisch specialist, ook als hij in loondienst werkt, een positie die niet vergelijkbaar is met die van anderen werkzaam in het ziekenhuis.

Mede daardoor is in de Nederlandse ziekenhuizen een organisatiestructuur en –cultuur ontstaan waarin het ziekenhuisbestuur een beroep doet op de kennis en kunde van de medische staf voor een hele reeks van besluiten. Zo zal bijvoorbeeld een besluit over de nieuwbouw van een ziekenhuis niet zonder wezenlijke inbreng van de medische staf genomen kunnen worden. Daarin zullen ziekenhuizen met vrijgevestigden of dienstverbanders niet van elkaar verschillen.

Die inbreng is ook juridisch verankerd. In de CAO voor medisch specialisten in loondienst, de AMS, is in hoofdstuk 8 geregeld dat er een medische staf is die op een aantal belangrijke onderwerpen het recht van advies heeft.[41] In de Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek is voor academische ziekenhuizen, waar de artsen allemaal in loondienst zijn, de betrokkenheid van de medische staf bij de besturing van het ziekenhuis zelfs wettelijk verankerd. De wet schrijft een stafconvent voor, dat “medewerkt aan het bestuur van het ziekenhuis”.[42]

Waarin schuilt de complexiteit van het besturen van een ziekenhuis met vrijgevestigde medisch specialisten? Wij hebben hierover met verschillende (oud)bestuurders gesproken. Het viel daarbij op dat de meeste zittende bestuurders alleen op basis van anonimiteit wilden spreken. Als reden daarvoor werd aangegeven dat als men openlijk zou zeggen wat men ervan vindt, de relatie met de medische staf fataal beschadigd zou kunnen raken, wat ten koste zou gaan van de positie van de bestuurder.

Uit de gesprekken met (oud)bestuurders komt in overheersende mate het volgende beeld naar voren.

In de eerste plaats signaleren bestuurders dat de complexiteit veroorzaakt wordt doordat een discussie over de inhoud van de zorg vermengd kan worden met *het eigen financiële belang* van het MSB of van de individuele medisch specialisten. Bestuurders die wij spraken komen in dit kader met een brede waaier aan casuïstiek:

- vakgroepen willen niet met elkaar fuseren omdat dat tot een verwatering van inkomen en goodwillwaarde zou leiden;

- medisch specialisten die eigen afspraken hebben met de industrie over het gebruik van hulpmiddelen in het ziekenhuis waardoor bij de inkoop de financiële belangen van een medisch specialist meespelen;

---

[41] *Te raadplegen via https://cao-ziekenhuizen.nl/arbeidsvoorwaarden-medisch-specialisten-ams*

[42] Art. 12.17 Wet op het hoger onderwijs en wetenschappelijk onderzoek.

- de profielkeuze van het ziekenhuis die mede bepaald wordt door de financiële belangen van de medisch specialisten;

- een vertrekkende KNO-arts wordt vanwege de goodwill vervangen door een nieuwe KNO-arts terwijl het ziekenhuis KNO wil afbouwen;

- uitplaatsing van zorg naar buiten het ziekenhuis in het kader van JZOJP komt niet van de grond omdat dit ten koste gaat van het honorarium van de betrokken medisch specialisten;

- terugdringen van overmatige diagnostiek lukt niet omdat de betrokken specialisten niet meewerken.

In al deze gevallen staat een financieel belang van de medisch specialisten (mede) aan de realisatie van een beleidsmatige wens van het ziekenhuis in de weg. Dat speelde ook in het voorbeeld van het vaatcentrum dat hiervoor beschreven is.

Overigens, ook sommige bestuurders van MSB's en medisch specialisten die wij spraken onderkennen dat de financiële consequenties van het beleid van het ziekenhuis voor de medisch specialist de medewerking daaraan door het MSB mede bepaalt.

Specifiek voor JZOJP wordt door medisch specialisten gesteld dat win-win of *shared benefits* een voorwaarde is voor het slagen van initiatieven. Dat komt erop neer dat de medisch specialist meedeelt in de winst die geboekt wordt doordat er zorg uit het ziekenhuis verplaatst wordt en die de medisch specialist dus niet meer levert. Die reflex wordt in ieder geval door zorgverzekeraars niet goed begrepen. Zorgverzekeraars gaan ervan uit dat JZOJP gevolgen kan hebben voor de inkomens van medisch specialisten of een reductie van het aantal medisch specialisten veroorzaakt. Zij willen niet betalen voor zorg die niet meer geleverd wordt.

Daarmee is niet gezegd dat vrijgevestigd medisch specialisten geen bijdrage leveren aan gewenste herschikkingen in het medisch specialistische zorglandschap. De vraag is echter bij wie het primaat ligt en wie aanspreekbaar is om de gewenste veranderingen tot stand te brengen. Dat is in de Nederlandse context het bestuur van het ziekenhuis. Ziekenhuisbestuurders vinden zich onvoldoende gepositioneerd om die verantwoordelijkheid op alle vlakken waar te maken.

Met het voorgaande hangt samen dat *fiscale overwegingen* voor het MSB soms aan optimalisatie van de besturing van het ziekenhuis in de weg staan. Enkele voorbeelden ter illustratie. In veel ziekenhuizen is duaal bestuur ingevoerd waarbij het MSB een medisch manager levert voor een zorgeenheid. Het functieprofiel voor een medisch manager, een functie in de lijn van het ziekenhuis die vervuld wordt door een lid van het MSB, moest met de fiscalist van het MSB worden afgestemd. Uit fiscale overwegingen moest voorkomen worden dat uit de functieomschrijving zou kunnen volgen dat het ziekenhuis gezag kon uitoefenen over de medisch manager, terwijl die wel onder het gezag van het bestuur van het ziekenhuis functioneert. Ook komt een samenvoeging van de Vereniging Medische Staf en het MSB niet tot stand om fiscale redenen. Co-bestuur – een medisch specialist in het bestuur van het ziekenhuis – wordt op sommige plekken om fiscale redenen afgehouden.

In de tweede plaats wordt het als onnatuurlijk gezien dat naast het ziekenhuis een *aparte bedrijfskolom* staat die er de facto onderdeel vanuit maakt, maar bestuurlijk, juridisch en financieel gescheiden is. Vanuit operationeel perspectief is er geen goede reden voor twee afzonderlijke

bedrijven. Een OK vol in bedrijf, met een chirurg en een anesthesioloog, met een team van OK-medewerkers in een omgeving met complexe, kostbare infrastructuur, is één onderneming. Om verbeteringen en innovaties in die omgeving aan te brengen heb je de betrokken medisch specialisten nodig. Hiervoor is al aangegeven dat vrijwel ieder besluit van het ziekenhuisbestuur inbreng vanuit de specifieke deskundigheid van de medisch specialist vraagt. Dat die medisch specialisten zich hebben georganiseerd in een apart bedrijf met een eigen financieel belang wordt niet voor de hand liggend gevonden.

Die structuur levert een *governance* op met onnodige complexiteit en discongruentie. Zo heeft het MSB vaak adviesrechten met betrekking tot de benoeming van bestuurders en toezichthouders van het ziekenhuis, maar omgekeerd is het MSB veelal vrij in het benoemen van de eigen bestuurders. Raad van bestuur en raad van toezicht hebben soms geen zicht op de bedrijfsvoering binnen het MSB.[43] Daarmee blijft de besteding van circa 15% van het ziekenhuisbudget en een wezenlijk onderdeel van het productieproces, buiten het beeld van het bestuur en toezichthoudend orgaan. Sommige ziekenhuizen beschikken zelfs niet over de ledenovereenkomst die het MSB met de leden heeft.

In de derde plaats mist het ziekenhuisbestuur bij vrijgevestigden *sturingsmogelijkheden* die het bij medisch specialisten in loondienst wel heeft. Indien het ziekenhuis met loondiensters bijvoorbeeld wil uitbreiden op cardiologie, kan het een cardioloog aannemen. Indien het op dermatologie wil krimpen, dan zoekt het voor de gepensioneerde dermatoloog geen vervanging. Bij een MSB is het ziekenhuis voor de realisering van dat soort wensen afhankelijk van de bereidheid daartoe van het MSB. De mogelijkheid om op cruciale posten binnen de organisatie personeelsbeleid te voeren, is er niet.

In de vierde plaats is de mate waarin het MSB effectief kan opereren erg afhankelijk van *de bestuurlijke organisatie* van het MSB. De praktijk laat daarin variëteit zien. Bij een groot MSB is de kans groter dat bestuurlijk talent aanwezig is dan bij een klein MSB. Bij een groot MSB is bovendien de financiële armslag om het bestuur te professionaliseren groter. Dat maakt het bijvoorbeeld mogelijk de leden in staat te stellen scholing te volgen om hun bestuurlijke vaardigheden te ontwikkelen. Wanneer de bestuurlijke organisatie van het MSB zwak is, gaat dat ten koste van de bestuurbaarheid van het ziekenhuis.

In de vijfde plaats moet hier de *culturele factor* worden benoemd. Voor de vrijgevestigd medisch specialist is het gezag van het ziekenhuisbestuur niet vanzelfsprekend. Aan zijn status als vrijgevestigde ontleent hij nog eens extra autonomie.

Ziekenhuisbestuurders benoemen geen voordelen van vrijgevestigd medisch specialisten. De status als fiscaal ondernemer genereert bij het overgrote deel van de vrijgevestigden geen ondernemerszin. Er is nauwelijks ondernemersrisico en dat wordt ook niet gezocht. Zo wordt het wegvallen van productie als gevolg van corona volledig gecompenseerd, niet via de arrangementen die daar voor andere ondernemers voor zijn ingericht, maar via het ziekenhuis en de zorgverzekeraars.

Wij voegen hier een aantal contraire observaties uit de interviews aan toe.

---

[43] MSB's vallen niet onder de WTZi en de regels voor openbaarmaking van jaarverslagen. Zie hierover: BDO-Benchmark ziekenhuizen 2018 MSB-special, *Cijfers niet transparant, 'Ondernemen in het hart van de zorg'*.

In de eerste plaats creëert betaling van goodwill volgens enkelen een vorm van commitment waar het ziekenhuis belang bij heeft. Indien een ziekenhuis in moeilijkheden verkeert, zien vrijgevestigden niet alleen hun inkomen in gevaar komen, maar ook hun vermogen. Dat maakt volgens sommigen dat zij een grotere betrokkenheid aan de dag leggen. Het aantal uren dat een vrijgevestigd medisch specialist werkt, is volgens de geïnterviewden veelal hoger dan dat van een medisch specialist in dienstverband.

In de tweede plaats is het opvallend, dat ondanks alle complexiteit van vrije vestiging nieuwe zorgaanbieders van medisch specialistische zorg (ZBC's) niet allemaal kiezen voor medisch specialisten in loondienst. ZBC's maken veelal gebruik van ZZP-contracten met medisch specialisten, overigens zonder dat dit tot MSB-vorming leidt. Besturingsproblemen als gevolg van die juridische relatie doen zich daar naar onze waarneming niet voor.[44]

In de derde plaats kan een ziekenhuis met alleen medisch specialisten in loondienst qua bestuurbaarheid ook uitdagend zijn. In het rapport van de Commissie onderzoek faillissementen ziekenhuizen (de commissie Van Manen) wordt het proces rond de faillissementen van MC Slotervaart en MC IJsselmeerziekenhuizen beschreven. Bij die ziekenhuizen waren de medisch specialisten in loondienst. Niettemin deden zich ook daar besturingsproblemen voor. In het rapport wordt geschreven over de gebrekkige executiekracht van het bestuur. Bestuur van het ziekenhuis en de medische staf stonden onvoldoende met elkaar in verbinding. Ook in die ziekenhuizen was het bestuur niet in staat in te grijpen bij problemen in vakgroepen.

Hoe dan ook, op basis van de interviews lijkt de conclusie gerechtvaardigd dat de wettelijke, statutaire en contractuele eindverantwoordelijkheid voor de zorg die op het ziekenhuis rust, lastiger is waar te maken als het primaat om dit te effectueren bij het MSB rust.[45]

V.2.4 Het MSB kan gelijkgerichtheid bevorderen

Er zijn ziekenhuizen en MSB's die in hun samenwerking meer instrumenten hebben ingebouwd die de gelijkgerichtheid benadrukken. Zo is in ledenovereenkomsten tussen het MSB en het Lid een derdenbeding ten behoeve van het ziekenhuis opgenomen. Daarmee heeft het ziekenhuis via een omweg toch een mogelijkheid om zich rechtstreeks tot de medisch specialist te wenden.

Daaraan voegen wij toe dat de vorming van de MSB's de bestuurbaarheid van ziekenhuizen in potentie, en soms in de realiteit, heeft vergroot ten opzichte van de voor 2015 bestaande situatie. Het ziekenhuisbestuur heeft één aanwijsbare gesprekspartner waarmee het tot afspraken en afstemming kan komen, niet meer vele maatschappen of individuele medisch specialisten. Wanneer het bestuur van het MSB gezag heeft in eigen kring, is het in staat om afspraken met het ziekenhuisbestuur door te laten werken in de eigen organisatie.

In een aantal ziekenhuizen heeft de komst van het MSB geleid tot nieuwe besturingsmodellen. De besturen van het ziekenhuis en het MSB-besturen gezamenlijk de gehele ziekenhuisorganisatie.

Zuyderland, met ziekenhuizen in Sittard/Geleen en Heerlen, heeft een Bestuursraad ingericht, waarin zowel de Raad van Bestuur als Bestuur Medisch Specialistisch Bedrijf

[44] Goodwill spelt bij dat soort ondernemingen meestal geen rol.

[45] Hierover uitvoerig: L.G.H.J. Houwen, 'De organisatie van het ziekenhuis: integratieproces of Eternach-processie?', *TvGr* 2018/04, p. 273-301.

plaatsnemen.

In dit bestuurlijke platform komen alle relevante onderwerpen rond de Zuyderland organisatie (zowel Cure als Care) en MSB op één tafel. Er zijn geen afzonderlijke overleggen meer van de Raad van Bestuur en Bestuur MSB. Raad van Bestuur en Bestuur MSB behouden weliswaar hun eigen bestuurlijke taken en bevoegdheden en blijven daarvoor zelfstandig verantwoordelijk, maar vergaderen en besluiten samen hetgeen afstemming en draagvlak ten goede komt.

Ook in de rest van de organisatie is duaal management de norm: medisch specialisten zijn in de vorm van een achttal medisch managers medeverantwoordelijk gemaakt voor vakgroep overstijgende RVE's. De betrokkenheid van medisch specialisten bij bestuur en management van de organisatie wordt essentieel gevonden om inhoud en bedrijfsvoering samen te brengen in de aansturing. Medisch specialisten hebben inhoudsdeskundigheid en hiermee invloed op de inrichting en daadwerkelijke uitvoering van de zorgprocessen.

Zuyderland beoogt hiermee de zorg voor patiënten en cliënten te verbeteren door betrokken en bevlogen zorgprofessionals, die vanuit hun professionaliteit en rol een bijdrage leveren aan de gehele organisatie. Het effect van de nieuwe bestuursvorm wordt na verloop van tijd geëvalueerd.[46]

Er zijn meer variaties op het thema van gezamenlijk bestuur in verschillende huizen.

V.2.5 Afrondend

Bestuurders wijzen erop dat de zakelijke verhoudingen tussen ziekenhuis en vrijgevestigd medisch specialisten een spanningsveld oproept, dat van invloed is op de slagvaardige en effectieve bestuurbaarheid van het ziekenhuis door de raad van bestuur en het toezicht daarop door de raad van toezicht.

De mate waarin die spanning de besturing van het ziekenhuis beïnvloedt, is afhankelijk van tal van factoren. De persoonlijke verhoudingen spelen een rol. De bestuurskracht van de raad van bestuur is van belang. Een goed georganiseerd en bestuurd MSB kan de bestuurbaarheid van het ziekenhuis vergroten. De bestuurlijke agenda die voorligt, is medebepalend voor het naar de oppervlakte komen van die latente spanning: bij krimp komt die meer tot uitdrukking dan bij groei. Er is echter een geïnstitutionaliseerd belangenconflict dat in sommige huizen hanteerbaar gemaakt is, maar niet volledig verdwijnt.

V.3 Kostenbeheersing

V.3.1 Inleiding

Een verplicht dienstverband zou op twee manieren kunnen bijdragen aan kostenbeheersing. In de eerste plaats zou het wegnemen van de volumeprikkel veroorzaken dat er minder zorg wordt geleverd. In de tweede plaats is de hypothese dat een ziekenhuis meer betaalt voor een

[46] 'Zuyderland start per 1 juli met een Bestuursraad Zuyderland', te raadplegen via: https://www.zuyderland.nl/nieuws/zuyderland-start-per-1-juli-met-een-bestuursraad/#:~:text=Zuyderland%20heeft%20vanaf%201%20juli,loopt%20Zuyderland%20landelijk%20mee%20voorop.

vrijgevestigde medisch specialist dan voor een medisch specialist in loondienst. Bij een verplicht dienstverband levert dat een besparing op.

Wij onderzoeken beide aannames.

V.3.2 De volumeprikkel

De verwachting is dat wanneer medisch specialisten verplicht in loondienst komen, een besparing gerealiseerd kan worden. In loondienst zou de volumeprikkel wegvallen doordat er geen betaling per verrichting meer plaatsvindt.

In het deelrapport 2 van de Brede Maatschappelijke Heroverweging, 'Naar een toekomstbestendig zorgstelsel' van 22 april 2020 is dit effect becijferd op € 250 miljoen per jaar. [47]

Zorgkeuzes in Kaart van juli 2020 becijfert dit effect op € 100 miljoen per jaar.[48] Dit bedrag is gebaseerd op de aanname van 1% volumedaling wanneer medisch specialisten in loondienst gaan. Omdat 40% van de medisch specialisten vrijgevestigd is, gaat men er vervolgens vanuit dat dit een besparing oplevert van 0,4%. Op de totale omvang van de ziekenhuiszorg van € 25.5 miljard levert dat een besparing op van € 100 mln. Wij hebben de aanname van 1% volumedaling niet kunnen toetsen. Evenmin weten wij of een volumedaling van 0,4% ook een kostenbesparing van 0,4% oplevert. Niet iedere behandeling is immers even duur. Mogelijk doet de volumedaling zich voor bij relatief goedkope behandelingen waardoor het financieel effect minder zal zijn.

Er is een aantal redenen waarom de geprognosticeerde besparing mogelijk overschat wordt.

In de eerste plaats ontbreekt actuele data over het gedrag van medisch specialisten. In de Brede Maatschappelijke Heroverweging wordt verwezen naar een studie uit 2015 waarin onderzocht wordt in hoeverre praktijkvariatie bij negen chirurgische ingrepen gerelateerd kan worden aan het verschil tussen dienstverband en vrije vestiging. De resultaten van die studie dragen bij aan het bewijs dat medisch specialisten reageren op financiële prikkels.[49]

Dit onderzoek is echter gebaseerd op gegevens in de periode 2006-2009. De bekostigingssystematiek was toen wezenlijk anders dan heden ten dage. Nu wordt de productie van medisch specialisten immers begrensd door de afspraken die met het ziekenhuis zijn gemaakt. Productie boven die afspraak wordt in beginsel niet vergoed. Productie boven die afspraak is alleen relevant voor de verdeling van het honorarium binnen het MSB, maar leidt niet tot hogere zorgkosten.

Dat betekent dat in de huidige context de productieprikkel beperkt is tot het maximum van de afspraak die met de zorgverzekeraar gemaakt is.

In de tweede plaats is die productieprikkel er niet alleen voor de medisch specialist, maar ook voor het ziekenhuis. Het ziekenhuis zal er belang bij hebben dat de omzet een 'puntlanding' maakt op

---

[47] Kamerstukken II 2018/19, 32 359, nr. 4.

[48] *Zorgkeuzes in Kaart: Analyse van beleidsopties van politieke partijen voor de zorg* (rapport van Centraal Planbureau, ministerie van Volksgezondheid Welzijn en Sport en ministerie van Financiën), juli 2020.

[49] R. Douven et al, 'The effect of physician remuneration on regional variation in hospital treatments', *International Journal of Health Economics and Management* 2015, afl. 15, p. 215-240.

de met de zorgverzekeraars afgesproken maximale omzet. Het ziekenhuis zal daar ook op sturen. In dit verband is het relevant dat soms ook bij medisch specialisten in loondienst een productieprikkel in de beloning is ingebouwd.

Zoals we hiervoor zagen, hebben de MSB's er wel belang bij dat de honorariumsom in stand blijft. Het verdwijnen van productie heeft inkomensschade doordat het honorarium daalt en vermogensschade doordat goodwill verdampt. Dat betekent dat initiatieven in het kader van JZOJP moeizamer tot stand komen indien dat leidt tot een verlaging van het uiteindelijke inkomen van de medisch specialist.

In de derde plaats is van belang dat als er inderdaad voor € 100 miljoen minder zorg wordt verleend, dat dan betekent dat de verzekerden minder zorg krijgen. Dat zou geen bezwaar zijn indien vaststaat dat de bezuinigde € 100 miljoen overbodige zorg zou zijn. Het is echter de vraag of er een dergelijk lineair verband is tussen de productieprikkel bij vrijgevestigde medisch specialisten en zinnige en onzinnige zorg.

Het is tot slot de vraag of verplichte loondienst ook tot lagere afspraken tussen zorgverzekeraars en ziekenhuizen zal leiden. Wij achten het aannemelijk dat de besparingen, die per ziekenhuis kunnen verschillen, niet in de afspraken met zorgverzekeraars verdisconteerd zullen worden. Wanneer het budgettair kader zorg met € 100 miljoen wordt verminderd, dan is daarmee nog niet geregeld dat die besparing in de ziekenhuiszorg gerealiseerd wordt en nog minder dat die per huis is afgestemd op de omvang van de bezuiniging die als gevolg van indiensttreding door dat ziekenhuis wordt gerealiseerd. Het ziekenhuis zal er in ieder geval geen belang bij hebben om tot lagere afspraken te komen met zorgverzekeraars. In de eerste plaats omdat de bestaande afspraken aansluiten op een reële zorgvraag. In de tweede plaats zullen ziekenhuizen voor hun vaste lasten ook een bepaald omzetniveau nodig hebben.

Minister Schippers heeft in antwoord op Kamervragen ook geantwoord geen gegevens te hebben op basis waarvan met stelligheid geconcludeerd kan worden dat een dienstverband lagere kosten met zich meebrengt.[50]

Wij spraken een aantal ziekenhuisbestuurders die ervaring hebben met de overgang van vrije vestiging naar loondienst. Die signaleren, in wisselende mate, dat een overgang naar loondienstverband een productieverlies oplevert. Schattingen variëren van 0 tot 30%. Om dan dezelfde omzet te behalen is een formatie-uitbreiding nodig, waardoor extra kosten gemaakt worden.

Daarmee is gezegd dat de onderbouwing van deze bezuiniging vragen oproept. In de eerste plaats vanwege de data die in een andere context dan de huidige zijn verzameld. In de tweede plaats omdat niet alle factoren die relevant zijn voor de begroting van de bezuiniging lijken te zijn meegenomen.

Wij voegen daaraantoe dat sommige bestuurders ook bij een verplicht dienstverband pleiten voor een prikkel in de beloningsstructuur. Financiële prikkels kunnen ook functioneel zijn.[51]

---

[50] *Aanhangsel Handelingen* 2016-2017, 1163.

[51] Zie bijvoorbeeld Mnuchin e.a., Quality of Care in the United Kingdom after Removal of Financial Incentives, New England Journal of Medicine, 2018, 948-957. Die studie maakt zichtbaar dat wanneer financiële incentives voor kwaliteitsindicatoren worden weggehaald, die kwaliteitsindicatoren dalen.

V.3.3 Personeelskosten

Zorgkeuzes in Kaart becijfert de besparing van alle medisch specialisten in loondienst op € 240 miljoen. Daarbij wordt op basis van gegevens van het CBS uitgegaan van een bruto jaarinkomen van € 167.000 per specialist plus werkgeverslasten van 20%.

De omvang van de besparing die een verplicht dienstverband realiseert, is afhankelijk van een aantal variabelen.

De eerste variabele is de hoogte van de kosten van een vrijgevestigde. De meest recente gegevens die daarover beschikbaar zijn, zijn opgenomen in een rapportage van Deloitte van 2021 die is opgesteld in opdracht van de Federatie Medisch Specialisten (**FMS**).[52] Op basis van een onderzoek onder 32 vakgroepen gaat die rapportage uit van een gemiddeld winstaandeel van € 271.000,- per fte. Een recente uitvraag van de FMS resulteert in een gemiddeld winstaandeel van € 265.000,- per fte.

Een winstaandeel is niet gelijk te stellen met het bruto jaarinkomen. Het winstdeel moet nog verminderd worden met kosten die de medisch specialist maakt.[53] Daarnaast kan een medisch specialist andere inkomsten hebben, bijvoorbeeld omdat die ook werkzaam is in een ZBC. Die inkomsten hoeven niet in het winstaandeel van het MSB meegenomen te zijn.

De besparing die gerealiseerd kan worden is afhankelijk van de cumulatieve loonsom die ontstaat na indiensttreding. Wanneer de ziekenhuizen vrij zijn om, met in acht name van de CAO, loonafspraken te maken, kalft dat de te realiseren bezuiniging af. Op veel plekken worden ook nu loonafspraken gemaakt die bovenwaarts afwijken van de AMS. De verwachting is gerechtvaardigd dat bij verplichte indiensttreding er veel druk zal zijn op ziekenhuisbesturen om de in loondienst tredende vrijgevestigden boven de AMS te belonen (aangeduid als AMS+).

Wanneer de WNT van toepassing wordt verklaard, dan zal de bezuiniging afhankelijk zijn van de hoogte van het wettelijk beloningsmaximum. De hoogte van het beloningsmaximum is een politieke keuze. De bezuiniging kan groter uitvallen indien het maximum wordt vastgesteld op bijvoorbeeld het niveau van de huidige AMS. Bestaande afspraken boven het WNT-maximum van medisch specialisten in dienstverband moeten dan ook benedenwaarts bijgesteld worden.

De termijn waarop de bezuiniging gerealiseerd kan worden, is wat ons betreft ongewis. Bij de invoering van de WNT is een overgangstermijn gehanteerd van in totaal zeven jaar. De vraag is of voor de vrijgevestigd medisch specialist ook een overgangstermijn wordt gehanteerd. Het vertrekpunt voor een overgangsregeling is het inkomen dat ten tijde van de invoering van de maatregel genoten werd. Dat is voor de vrijgevestigde medisch specialist minder vastomlijnd dan voor een medisch specialist met een dienstverband. Een regeling die ertoe leidt dat een vrijgevestigd medisch specialist in één keer teruggaat naar het WNT-maximum, en een medisch specialist in dienstverband nog langere tijd overgangsrecht geniet, appelleert niet aan het rechtsgevoel. Dit zou bij vormgeving van de maatregel nog uitwerking vragen.

---

[52] Https://www.demedischspecialist.nl/sites/default/files/210315_FMS%20-%20Gedwongen_overstap_dienstverband%20-%20Infographics.pdf

[53] De FMS houdt bijvoorbeeld rekening met € 2.000 kosten aan accountant- en advieskosten en € 12.000,- aan praktijkkosten.

VI Een wettelijke regeling voor een verplicht dienstverband

VI.1 Inleidend

In dit hoofdstuk bespreken wij op welke wijze een wettelijke regeling van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten vorm kan krijgen. Dat doen we door te bezien welke bestaande wetten een geschikt kader zouden kunnen vormen voor een dergelijke verplichting. Daarvoor zijn twee redenen.

In de eerste plaats kan bij het onderzoek blijken dat de huidige wetgeving bevoegdheden bevat die het de overheid mogelijk maakt om, zonder wijziging van een wet in formele zin, een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst te bewerkstelligen. Een aandachtspunt is dat de overheid bevoegdheden niet mag toepassen voor een ander doel dan waarvoor zij zijn toegekend ('détournement de pouvoir').[54] Hierna zullen daarom van een aantal wetten de relevante bevoegdheden en de daarmee te dienen doelen worden onderzocht.

In de tweede plaats ligt het voor de hand dat de wetgever, als zij voor een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten een aanpassing van de wetgeving zou overwegen, niet een geheel nieuwe wet introduceert, maar overgaat tot wijziging van één of meer bestaande wetten. In dit hoofdstuk wordt met het oog daarop onderzocht in welke bestaande wet een dergelijke wijziging het beste 'past'.

Ook als dit juridisch-technisch niet strikt noodzakelijk is, kunnen er voor de wetgever redenen zijn om een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten vorm te geven door middel van een wetswijziging. Een verplichte overgang is een majeure operatie met aanzienlijke financiële en organisatorische gevolgen. De wetgever kan vanwege de impact kiezen voor een wetswijziging. In zekere zin is zo'n route de 'koninklijke weg': zij voorziet in maximale betrokkenheid van het parlement bij een maatregel waaraan een politieke afweging ten grondslag ligt.

Een andere consequentie van het vastleggen van een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten in een wet in formele zin is gelegen in de juridische toetsing van een dergelijke maatregel. De Nederlandse rechter is niet bevoegd wetten te toetsen aan de Grondwet.[55] Evenmin kan de rechter wetten toetsen aan fundamentele rechtsbeginselen.[56] De rechter kan wetten in formele zin wel toetsen aan het recht van de Europese Unie en aan een ieder verbindende bepalingen van verdragen.[57] Daarover gaat hoofdstuk VII van dit onderzoek.

Voor de uitwerking van iedere mogelijke juridische route gelden enkele belangrijke aandachtspunten:

- Het doel van de maatregel zal bepalend zijn voor het toepassingsbereik. Als een verplicht dienstverband wordt ingevoerd om de bestuurbaarheid van ziekenhuizen te bevorderen, dan is het niet nodig de wettelijke verplichting ook van toepassing te laten zijn op iedere ZBC.

[54] Art. 3:3 Awb.

[55] Art. 120 Grondwet.

[56] HR 14 april 1989, NJ 1989, 469 m.nt. M. Scheltema (*Harmonisatiewet*).

[57] Art. 94 Grondwet resp. HvJ EU 5 februari 1963, zaak 26/62 (*Van Gend en Loos*).

- Een wettelijke maatregel zal uitzonderingen moeten kennen. Zo is het denkbaar dat een tijdelijke invulling van een functie in het ziekenhuis in verband met bijvoorbeeld ziekte of zwangerschap, niet steeds tot een dienstverband hoeft te leiden. Voorts is het de vraag of een verplichting moet gelden ongeacht de omvang van het dienstverband.

- Een wettelijke maatregel zal niet met onmiddellijke ingang kunnen worden ingevoerd, gegeven de complexiteit van de operatie op het niveau van het ziekenhuis. Een overgangstermijn maakt een ordelijke uitvoering van de wettelijke verplichting mogelijk.

- Wij denken dat het reëel is te veronderstellen dat de enkele vermelding van een concreet beleidsvoornemen in het regeerakkoord of een initiatiefwet van een Tweede Kamerlid al gevolgen heeft voor de waarde van de goodwill. Een toetredende specialist zal waarschijnlijk forse aarzelingen hebben om goodwill te betalen wanneer het perspectief is dat hij dat niet zal kunnen terugverdienen. In zoverre is een zeer lange overgangstermijn ook niet zinvol.

- Een systeem waarin alleen nieuwe medisch specialisten in dienstverband komen en de vrijgevestigden langzaamaan verdwijnen, is volgens bestuurders en medisch specialisten die wij daarnaar vroegen niet werkbaar. Dat blijkt ook uit het feit dat ziekenhuizen die fuseren er altijd naar streven zo snel mogelijk per vakgroep één regime te hanteren. Bij twee verdienmodellen wordt alles complexer. In de eerste plaats compliceert het de financiële afwikkeling. Welke DBC's zijn voor het MSB en welke voor het ziekenhuis? Een patiënt overnemen betekent financieel verrekenen. Mag de medisch specialist in loondienst gebruik maken van de secretaresse of ANIOS die in loondienst is bij het MSB? Of moet er dan verrekend worden? De verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van een vakgroep versnippert. Wie grijpt in bij samenwerkingsproblemen in de vakgroep? Wie geeft leiding aan een dergelijke vakgroep? Hoe lopen de roosters? Moeten vrijgevestigden invallen voor een zieke collega in dienstverband? Een gemengd regime creëert een besturingsprobleem voordat het er een oplost.

VI.2 Wet marktordening gezondheidszorg

VI.2.1 Doel en mogelijkheden - prestatiebeschrijvingen en tarieven

De Wet marktordening gezondheidszorg (**Wmg**) verleent aan de NZa de bevoegdheid tot het vaststellen van tarieven en prestatiebeschrijvingen.[58] Het is zorgaanbieders verboden prestaties of tarieven in rekening te brengen die afwijken van de prestatiebeschrijvingen of tarieven die de NZa heeft vastgesteld.[59]

De NZa kan aan de vaststelling van een prestatiebeschrijving of tarief voorschriften en beperkingen verbinden.[60]

Het is zorgverzekeraars niet toegestaan tarieven te betalen of vergoeden die afwijken van de door de NZa vastgestelde tarieven.[61] Zorgaanbieders en zorgverzekeraars kunnen "geen rechten

[58] Art. 50 lid 1 Wmg. De bevoegdheid heeft uitsluitend betrekking op "zorg", gedefinieerd in art. 1 aanhef en onder b Wmg.

[59] Art. 35 lid 1 Wmg.

[60] Art. 50 lid 3 Wmg.

[61] Art. 35 lid 3 Wmg.

ontlenen" aan overeenkomsten die afwijken van de door de NZa vastgestelde prestatiebeschrijvingen of tarieven.[62]

De Wmg bevat geen inhoudelijke normering van de vast te stellen prestatiebeschrijvingen en tarieven. De minister van VWS kan aan de NZa algemene aanwijzingen geven over deze bevoegdheid.[63] Bepaalde ingrijpende wijzigingen van haar beleidsregels kan de NZa niet uitvoeren zonder een daartoe strekkende algemene aanwijzing van de minister.[64]

De NZa mag haar bevoegdheid tot het vaststellen van prestatiebeschrijvingen en tarieven niet gebruiken voor een ander doel dan waarvoor die bevoegdheid is verleend.[65] Deze doelen blijken uit de toelichting op een voorganger van de Wmg. De doelen zijn:

- uniforme procedures voor een transparante totstandkoming van tarieven,
- evenwichtige tarieven,
- een doelmatige organisatie van zorg en
- kostenbeheersing.[66]

Het eerste doel, uniforme procedures, is van procedurele aard. Met het tweede doel, evenwichtige tarieven, wordt onder meer beoogd dat de tarieven voor verschillende categorieën zorgaanbieders zo veel mogelijk op dezelfde wijze worden bepaald.[67] Dit doel impliceert ook dat de door de NZa vastgestelde tarieven zorgaanbieders de mogelijkheid moeten bieden op kostendekkende wijze zorg te verlenen.[68] Deze twee doelen zijn voor het beantwoorden van de adviesvraag niet van belang. Zij blijven daarom verder buiten beschouwing. Een doelmatige organisatie van zorg en kostenbeheersing zijn wel doelstellingen van de Wmg die bij de voorgestelde maatregel passen.

VI.2.2 Doel en mogelijkheden - regulering van de declaratiewijze

De NZa heeft voorts de bevoegdheid regels vast te stellen over de declaratiewijze (declaratieregels). Deze regels kunnen onder meer betrekking hebben op de vragen

- aan wie of door wie tarieven in rekening worden gebracht,
- aan wie een in rekening gebracht tarief mag worden betaald en
- door wie opbrengsten van tarieven moeten worden ingehouden of overgedragen.[69]

Declaratieregels kunnen voorwaarden, voorschriften of beperkingen bevatten.[70]

---

[62] Art. 35 lid 4 Wmg.

[63] Art. 7 lid 1 aanhef en onder b Wmg.

[64] Art. 59 Wmg.

[65] Verbod op détournement de pouvoir, art. 3:3 Algemene wet bestuursrecht.

[66] Kamerstukken II 2003/04, 29 379, nr. 3, p. 9. Er zijn geen aanwijzingen dat deze doelstellingen bij de inwerkingtreding of latere wijzigingen van de Wmg zijn gewijzigd. Zie Kamerstukken II 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 67; CBb 18 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ0630, r.o. 5.2; Kamerstukken II 2009/10, 32 393, nr. 3.

[67] G.R.J. de Groot, *Tarieven in de gezondheidszorg* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998, p. 29-30.

[68] Bijv. CBb 18 december 2003, ECLI:NL:CBB:2003:AO0546; CBb 18 juni 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BJ0630.

[69] Art. 37 lid 1, aanhef en onder a, b en c Wmg.

[70] Art. 37 lid 1, aanhef Wmg.

De doelen van de bevoegdheid tot het vaststellen van declaratieregels zijn:

- de transparantie van het declaratieverkeer,
- het tot stand brengen van gewenste dienstverlening, zoals huisartsendienstenstructuren of het geïntegreerd medisch-specialistisch bedrijf en
- het terugdringen van administratieve lasten.[71]

Deze doelen zijn door de inwerkingtreding en latere wijzigingen van de Wmg evenmin gewijzigd.[72]

VI.2.3 Beoordeling

De vraag is of de overheid ertoe zou kunnen besluiten om een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst te effectueren op basis van de huidige bevoegdheden van de Wmg.

De NZa zou dit in de eerste plaats kunnen doen door aan de prestatiebeschrijvingen en tarieven die zij vaststelt voor medisch-specialistische zorg het voorschrift te verbinden dat deze prestaties en tarieven uitsluitend in rekening gebracht kunnen worden door zorgaanbieders die de zorg – behoudens uitzonderingen – doen verlenen door medisch specialisten die bij hen in loondienst zijn.

Naar onze mening past een dergelijk voorschrift in beginsel binnen de doelstellingen van de prestatie- en tariefregulering, in het bijzonder de doelmatige organisatie van zorg en kostenbeheersing. De hiervóór beschreven doelstellingen van een verplichte overgang hangen immers in sterke mate samen met de wettelijke doelstellingen.

Daarmee is echter niet gezegd dat de Wmg op dit moment een voldoende wettelijke grondslag biedt voor een voorschrift van deze strekking. Het systeem van deze wet brengt immers mee dat de voorschriften die de NZa aan de vaststelling van een prestatiebeschrijving of tarief verbindt, een inhoudelijk verband hebben met de prestatiebeschrijving of het tarief. De bevoegdheid tot het stellen van voorschriften kan worden beschouwd als een mogelijkheid om te preciseren hoe zorgaanbieders de prestatiebeschrijvingen en tarieven kunnen gebruiken. Een dergelijke mogelijkheid is naar onze mening niet bedoeld om een ingrijpende wijziging van de interne organisatie van zorgaanbieders te bewerkstelligen.[73]

De NZa zou in de tweede plaats een declaratieregel kunnen vaststellen die verhindert dat MSB's en andere organisatievormen van medisch specialisten nog vergoedingen voor zorg in rekening brengen. Nu de bevoegdheid om declaratieregels te stellen onder meer gebruikt kan worden om te regelen 'door wie' tarieven in rekening gebracht kunnen worden, lijkt het in beginsel mogelijk een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten met een declaratieregel te effectueren. Een dergelijke toepassing van een declaratieregel past in de doelstelling 'gewenste vormen van dienstverlening tot stand brengen'.

Het belang van de declaratieregels van de NZa wordt geïllustreerd doordat de laatste wijziging van de juridische vormgeving van de relatie tussen ziekenhuizen en vrijgevestigde medisch specialisten onder meer is ingegeven door een declaratieregel van de NZa. Deze regel bepaalde

[71] Kamerstukken II 2003/04, 29 379, nr. 3, p. 58.

[72] De passage waarnaar de voorgaande noot verwijst, is woordelijk herhaald in Kamerstukken II, 2004/05, 30 186, nr. 3, p. 61-62.

[73] Vgl. ABRvS 19 november 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG4720.

dat het voor vrijgevestigde medisch specialisten niet langer mogelijk zou zijn hun honorarium via het ziekenhuis aan de zorgverzekeraar of de patiënt in rekening te brengen, maar dat zij uitsluitend nog aan het ziekenhuis zouden kunnen declareren.

Deze declaratieregel is voorafgegaan door een wijziging van de Wmg. Met deze wijziging, die in 2012 in werking trad, is zeker gesteld dat de voorgenomen declaratieregel een wettelijke grondslag had.[74] Dit pleit ervoor om ook voor een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst de Wmg te wijzigen.

De huidige Wmg kan hoe dan ook gebruikt worden voor minder vergaande aanpassingen van de relatie tussen ziekenhuizen en vrijgevestigde medisch specialisten. Op dit moment heeft de NZa slechts één prestatie ('onderlinge dienstverlening') vastgesteld voor het declaratieverkeer tussen MSB's en ziekenhuizen. Voor deze prestatie geldt een vrij tarief.

De NZa zou – op basis van een aanwijzing van de minister van VWS – kunnen overgaan tot een meer sturende vorm van prestatie- en tariefregulering van deze relatie. De NZa zou ten behoeve van kostenbeheersing de hoogte van het tarief dat een MSB in rekening kan brengen bijvoorbeeld kunnen relateren aan het bedrijfsresultaat van het ziekenhuis of aan het aantal in het MSB werkzame medisch specialisten. Veel MSB's leveren naast medisch specialisten ook andere diensten en personeel aan het ziekenhuis. Daarmee heeft het MSB ook andere kosten die met opbrengsten gedekt moeten worden. De mate waarin dat gebeurt, laat variëteit zien. Dit compliceert uiteraard de taak waar de NZa in dit scenario voor staat.

VI.3 Wet toetreding zorgaanbieders

VI.3.1 Doel en mogelijkheden

Op grond van de Wet toelating zorginstellingen (**WTZi**) dienen zorginstellingen een toelating aan te vragen alvorens zij met het verlenen van zorg kunnen beginnen. De WTZi en het Uitvoeringsbesluit WTZi bevatten een beperkt aantal voorschriften die betrekking hebben op de bestuursstructuur van instellingen. De Wet toetreding zorgaanbieders (**Wtza**) zal de WTZi als het gaat om het verkrijgen van toegang tot het verlenen van zorg vervangen, inwerkingtreding is voorzien per 1 januari 2022. Om die reden laten wij de WTZi hier buiten beschouwing.

De Wtza kent een vergunningsprocedure voor aanbieders van medisch specialistische zorg, zoals ziekenhuizen en ZBC's waar medisch specialisten werkzaam in zijn.

De Wtza en het concept-uitvoeringsbesluit Wtza bevatten gedetailleerdere voorschriften met betrekking tot de bestuursstructuur van een zorgaanbieder. Daaraan moet voldaan zijn om een vergunning te verkrijgen. In de Wtza zelf hebben die voorschriften met name betrekking op het interne toezicht. Nadere, gedetailleerde voorschriften zijn neergelegd in het Uitvoeringsbesluit WTZa.

Voor het verkrijgen van een vergunning gelden meerdere vereisten, waaronder eisen die betrekking hebben op transparantie, behoorlijk bestuur en ordelijke bedrijfsvoering.[75] Deze vereisten strekken tot het verbeteren van de kwaliteit van de zorgaanbieders. Net als in de Wkkgz

[74] Wet aanvulling instrumenten bekostiging Wmg, Stb. 2011, 596 en Kamerstukken II 2009/10, 32 393, nr. 3.

[75] Art. 3 Wtza, Kamerstukken II 2016/17, 34 767, nr. 3, p. 6-9.

zijn de bestuursstructuur en de bedrijfsvoering aangrijpingspunten om de kwaliteit van zorg te bevorderen. Anders dan de Wkkgz richt de Wtza zich uitsluitend op de randvoorwaarden, en bevat het zelf geen normstelling voor goede zorg.

VI.3.2 Beoordeling

Het zou in de systematiek van de Wtza passen indien als voorwaarde voor het verlenen (en behouden) van een vergunning voor medisch specialistische zorg, geldt dat de zorgaanbieder de zorg verleent met medisch specialisten met wie hij een arbeidsovereenkomst heeft.[76]

De WTZa is een geschikt wettelijk kader om verplicht dienstverband van medisch specialisten in vast te leggen.

VI.4 Zorgverzekeringswet

VI.4.1 Doel en mogelijkheden

De Zorgverzekeringswet (**Zvw**) heeft als doel voor eenieder noodzakelijke zorg te verzekeren. De Zvw verplicht alle Nederlandse ingezetenen een zorgverzekering af te sluiten.[77] Een zorgverzekering is een tussen een zorgverzekeraar en een verzekeringnemer gesloten schadeverzekering. Deze verzekeringsovereenkomst moet voldoen aan hetgeen daarover bij of krachtens de Zvw is geregeld. Ook de verzekerde prestaties ('het wettelijk omschreven pakket') waar de overeenkomst op ziet worden wettelijk gereguleerd.[78]

In de Zvw zijn acht vormen van zorg genoemd die tot het wettelijk verzekerde pakket worden gerekend. [79] Het betreft onder meer 'geneeskundige zorg', waartoe de medisch-specialistische zorg behoort. De inhoud en omvang van het verzekerde pakket zijn nader geregeld bij het Besluit Zorgverzekering en de Regeling zorgverzekering.

De Zvw hanteert 'functiegerichte omschrijvingen' van de te verzekeren zorg. De Zvw regelt niet door wie de zorg geleverd moet worden. Dit komt tot uitdrukking in de veelgebruikte zinsnede 'zorg zoals […] plegen te bieden'. Door de functiegerichte omschrijving kunnen in de modelovereenkomst van zorgverzekeraars eisen worden gesteld aan de kwalificatie van de zorgaanbieder, waarmee de kwaliteit of doelmatigheid van de zorg kan worden bevorderd. De toelichting op de Zvw vermeldt hierover:

> *"Samenvattend kan worden gesteld dat de wetgever bepaalt wat tot het pakket behoort. Het behoort tot de bevoegdheid van de zorgverzekeraar, in samenspraak met de verzekerde, te bepalen door wie en waar de verzekerde zorg verleend wordt."* [80]

---

[76] Hiertoe zou een lid aan art. 3 Wtza moeten worden toegevoegd, met een corresponderende bevoegdheid om de vergunning te weigeren (art. 5 Wtza) of in te trekken (art. 7 Wtza).

[77] Beperkingen en uitbreidingen van de kring van verzekeringsplichtigen blijven buiten beschouwing.

[78] Dit vloeit voort uit de definitie van 'zorgverzekering' in artikel 1 onder d Zvw.

[79] Artikel 10-14 Zvw.

[80] Kamerstukken II 2003/04, 29763, nr. 3, p. 41-42.

VI.4.2 Beoordeling

Een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst zou kunnen worden vormgegeven door in de Zvw of de daarop gebaseerde regelgeving te bepalen dat medisch-specialistische zorg alleen voor verstrekking of vergoeding in aanmerking komt als die wordt verleend door medisch specialisten die in loondienst zijn.

Een dergelijke omschrijving staat haaks op het uitgangspunt van de Zvw dat het niet de wetgever is die bepaalt wie de verzekerde zorg verleent, maar de zorgverzekeraar en de verzekerde. Om deze reden ligt het minder voor de hand een verplichte overgang in de Zvw op te nemen.

Hierbij merken wij op dat het vormgeven van een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten door middel van een beperking van de te verzekeren prestaties in de Zvw meebrengt dat deze beperking niet alleen voor aanbieders van medisch-specialistische zorg in Nederland zou gelden. De beperking heeft immers de verstrekking of vergoeding van de zorg in het kader van de zorgverzekering als juridische aangrijpingspunt, en niet de verlening van de zorg. Toepassing van de Zvw heeft daarom voor de overheid het voordeel dat daarmee kan worden voorkomen dat Nederlandse vrijgevestigde medisch specialisten na een verplichte overgang hun praktijk vanuit het buitenland voortzetten.

Dit neemt niet weg dat deze wijziging een juridische *Fremdkörper* in de Zvw zou introduceren.[81]

VI.5 De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg

VI.5.1 Doel en mogelijkheden

De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (**Wkkgz**) beoogt in de eerste plaats de kwaliteit van de zorg te verbeteren. Daarnaast bevat de Wkkgz een regeling voor klachten en geschillen. Voor het onderwerp van dit onderzoek is met name de eerste doelstelling van de wet van belang.

De Wkkgz neemt onder andere het bestuur en organisatie van de zorginstelling als aangrijpingspunt om de kwaliteit van de zorg te verbeteren. Art. 3 Wkkgz bevat een algemene verplichting om de zorgverlening zodanig te organiseren dat dit redelijkerwijs moet leiden tot goede zorg. De zorgaanbieder is verplicht zowel kwalitatief als kwantitatief de inzet van personele en materiële middelen en bouwkundige voorzieningen daarop af te stemmen. In dat verband moet er een toedeling van verantwoordelijkheden, bevoegdheden alsmede afstemmings- en verantwoordingsplichten zijn, die redelijkerwijs leidt tot het verlenen van goede zorg.

In dit kader vermelden wij dat art. 4 lid 1 sub b Wkkgz bepaalt dat indien een zorgaanbieder gebruik maakt van opdrachtnemers, zoals een ziekenhuis doet met een MSB, er sprake is van een schriftelijke overeenkomst die waarborgt dat het MSB handelt in overeenstemming met de regels omtrent zorgverlening die door het ziekenhuis zijn opgesteld en handelt in overeenstemming met de wettelijke verplichtingen die op het ziekenhuis rusten. De Wkkgz grijpt daarbij mede in de rechtsverhouding tussen ziekenhuis en MSB.

[81] Deze route ontmoet ook een specifieke Europeesrechtelijke hindernis, nu de Richtlijn Solvabiliteit II (2009/138/EG) de mogelijkheid van lidstaten om de polisvoorwaarden van schadeverzekeraars te reguleren beperkt, zie artikelen 181 en 206.

Als ultimum remedium bevat art. 28 Wkkgz een bevoegdheid voor de Minister om een zorgaanbieder een aanwijzing op te leggen ingeval de organisatiestructuur van de zorgaanbieder in ernstige mate afbreuk doet aan het verlenen van goede zorg. De aanwijzing kan ingrijpen op de structuur van de zorgaanbieder. De zorgaanbieder kan dan bijvoorbeeld gedwongen worden een deel van de onderneming af te stoten.

VI.5.2 Beoordeling

Aldus bezien zou een verplicht dienstverband kunnen passen in het instrumentarium van de Wkkgz dat ziet op de organisatie van zorgaanbieders. Niettemin achten wij de Wkkgz minder geschikt voor dit doel.

In de eerste plaats heeft de Wkkgz het oog op goede kwaliteit van zorg, en bewaakt daarbij de ondergrens. Er is geen enkele aanwijzingen dat vrijgevestigd medisch specialisten vanwege hun status geen goede zorg leveren en aldus het belang dat de Wkkgz beoogt te beschermen in gevaar komt.

In de tweede plaats bevat de Wkkgz algemene geformuleerde normen, waar een gedetailleerd voorschrift omtrent de juridische context waarin een medisch specialist werkt misstaat.

Wij achten de Wkkgz minder geschikt voor een verplichte indiensttreding van medisch specialisten.

VI.6 De Wet normering topinkomens

VI.6.1 Doel en mogelijkheden

De Wet normering topinkomens (**WNT**) komt voort uit de overtuiging dat organisaties die een publieke functie vervullen en bekostigd worden met publieke middelen, hun bestuurders ‘evenwichtig, maatschappelijk verantwoord en niet exorbitant’ behoren te betalen.[82]

Bij de totstandkoming van de WNT is ervoor gekozen om de WNT niet op medisch specialisten in loondienst van toepassing te laten zijn. Deze keuze is gemaakt om te voorkomen dat medisch specialisten op grote schaal uit loondienst zouden stappen.[83] Ook bij de Evaluatiewet WNT zijn (vrijgevestigde) medisch specialisten buiten het toepassingsbereik van de WNT gelaten.[84]

Gelet op de huidige reikwijdte van de WNT ligt het niet voor de hand om in deze wet vast te leggen dat vrijgevestigd medisch specialisten in loondienst moeten. De WNT ziet op bezoldiging, niet op de juridische verhouding waarbinnen die bezoldiging verkregen wordt.

De WNT maximeert de bezoldiging van de ‘topfunctionaris’ die werkzaam is in de publieke of semipublieke sector. De hoogste leidinggevende(n) of hoogste groep van leidinggevenden worden

[82] Kamerstukken II 2010/11, 32 600, nr. 3.

[83] ‘Antwoorden eerste termijn behandeling Begroting VWS 2014’, bijvoegsel bij Kamerstukken II 2013/2014, 33 750-XVI, nr. 110.

[84] Al is wel door de Evaluatiewet WNT wettelijk verankerd dat medisch specialisten die in deeltijd een bestuursfunctie bekleden bij een zorginstelling, voor hun inkomen uit deze bestuursfunctie onder het toepassingsbereik van de WNT vallen. Zie Kamerstukken II 2016/17, 34 654, nr. 3, p. 13.

als topfunctionaris aangemerkt.[85] Naast het Rijk, provincies, gemeenten en de waterschappen zijn onder meer instellingen met een WTZi-toelating, zoals ziekenhuizen, onder het regime van de WNT gebracht.[86]

Voor de toepasselijkheid van een bezoldigingsplafond, is het noodzakelijk dat de topfunctionaris tegen betaling taken verricht voor een WNT-instelling. Er moet sprake zijn van een 'dienstverband'.[87] Het is irrelevant welke contractuele rechtsverhouding ten grondslag ligt aan het dienstverband. Niet alleen een arbeidsovereenkomst, maar ook een interim-bestuurder via een overeenkomst van opdracht met zijn een management-bv of een uitzendbureau is een dienstverband onder de WNT.[88]

De WNT zou op twee manieren ingezet kunnen worden om de inkomens van medisch specialisten te reguleren. In de eerste plaats zou de WNT kunnen volgen op een verplichte overgang van vrijgevestigd medisch specialisten naar een loondienstverband die tot stand wordt gebracht via een andere wet. De WNT wordt dan ingezet in de context van een arbeidsovereenkomst tussen het ziekenhuis en de medisch specialist.

In de tweede plaats kan de WNT – in theorie - ingezet worden om een begrenzing aan te brengen van het inkomen van de vrijgevestigd medisch specialist. De MSB's blijven dan functioneren. Dat introduceert echter aanzienlijke complexiteit, zo zal hierna blijken.

Toepassing van de WNT zou op twee manieren een *kostenbesparing* kunnen opleveren. In de eerste plaats zou, er vanuit gaande dat de inkomens van vrijgevestigd medisch specialisten boven de WNT uitkomen, wettelijke normering ertoe leiden dat het verschil tussen het voor medisch specialisten vast te stellen WNT-maximum en de huidige inkomens bespaard kan worden. Wij merken daarbij op dat de hoogste AMS-schaal onder het WNT-maximum voor zorgbestuurders valt. Indien medisch specialisten in loondienst zijn, voegt de WNT bij een strikte toepassing van de WNT, afhankelijk van het gekozen maximum, niets meer toe. De praktijk laat echter zien dat medisch specialisten in loondienst in sommige gevallen meer dan de hoogste AMS-schaal verdienen.

In de tweede plaats zou begrenzing op het niveau van de WNT ook een matigend effect kunnen hebben op de volumeprikkel.

Een wettelijk bezoldigingsplafond via de WNT doet weinig om de *gelijkgerichtheid* en de bestuurbaarheid van een ziekenhuis te vergroten.

VI.6.2 Beoordeling

Een eerste vraag is of de WNT kan worden toegepast om de inkomens van medisch specialisten in loondienst te reguleren. Alhoewel de huidige WNT niet toegesneden is op het normeren van

---

[85] Zie art. 1.1 onder b WNT, art. 4 Beleidsregeles WNT 2021 en Kamerstukken II 2010/11, 32 600, nr.3, p. 36-37.

[86] Art. 5 WTZi jo. art. 13 lid 1 onder d WNT jo. Bijlage 1 bij de WNT onder opschrift Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport jo. art. 1.2 Uitvoeringsbesluit WTZi. Met de inwerkingtreding van de WTZa zullen andere regels gelden. Ingevolge de WTZa dient elke instelling die medisch specialistische zorg verleent een vergunning aan te vragen. De Aanpassingswet WTZa voorziet erin dat de WNT van toepassing is op zorgaanbieders die een vergunning op grond van de WTZa nodig hebben.

[87] Art. 1.1. onder d WNT.

[88] Kamerstukken II *201*0/11, 32 600, nr. 3, p. 37 en 43.

inkomens van anderen dan topfunctionarissen, kan met enkele ingrepen de WNT wel aangepast worden om die beleidsdoelstelling te faciliteren.

De WNT kan in ieder geval op twee onderdelen worden aangepast om het inkomen van de medisch specialist die in loondienst is bij het ziekenhuis wettelijk maximeren. Ten eerste zijn de inkomsten van de arts in de uitoefening van zijn beroep, op grond van artikel 1.5a WNT expliciet uitgezonderd van de WNT. Dit artikel zou geschrapt moeten worden.

Ten tweede sluit het begrip topfunctionaris niet aan bij de functie die een medisch specialist bekleedt. Het is daarom noodzakelijk om het begrip "topfunctionaris'' te verbreden of een specifieke bepaling in de WNT op te nemen teneinde de WNT te kunnen toepassen op de inkomens van medisch specialisten. Een mogelijkheid is om het begrip 'medisch specialist'[89] als aparte normadressaat toe te voegen aan de WNT.

Daarnaast dient een bezoldigingsnorm voor medisch specialisten te worden bepaald.

Een tweede vraag is of de WNT kan worden toegepast om de inkomens van vrijgevestigde medisch specialisten te reguleren. In theorie is ook dat denkbaar. Immers, voor de bezoldiging van de topfunctionaris hoeft het niet van belang te zijn krachtens welke rechtsverhouding de medisch specialist werkzaam is. Ook betaling aan een praktijk-BV van een interim-bestuurder kan onder de reikwijdte van de WNT vallen. Het wettelijk normeren van het inkomen van de vrijgevestigd medisch specialist via de WNT, is echter een complexe onderneming.

Daarbij zijn er twee modellen denkbaar, die allebei praktische complicaties in het leven roepen.

In de eerste plaats kunnen de betalingen die het ziekenhuis doet aan het MSB als aangrijpingspunt genomen worden. Het is het ziekenhuis dan verboden betalingen aan het MSB te doen die ertoe leiden dat een medisch specialist meer bezoldiging ontvangt dan een vast te stellen maximum. Die route lijkt niet uitvoerbaar. Het MSB ontvangt niet uitsluitend honorarium voor de medisch specialisten, maar ook een vergoeding voor ander personeel dat het in dienst heeft en voor het ziekenhuis werkt. Het ziekenhuis is niet in staat de vergoeding die het betaalt aan het MSB af te stemmen op het WNT-maximum voor de medisch specialisten. Een medisch specialist kan bovendien, ook bij een voltijds aanstelling in het ziekenhuis, nog andere inkomstenbronnen hebben. Daarmee kan de vrijgevestigd medisch specialist langs die weg een hoger inkomen vergaren dan de WNT toestaat.

In de tweede plaats kan de betaling van het MSB aan de medisch specialist of aan zijn praktijk-BV het aangrijpingspunt vormen. Het zou het MSB dan verboden moeten worden betalingen aan een individuele medisch specialist te doen die boven het WNT-maximum uitkomen.

Het MSB is een coöperatie of een maatschap. Een coöperatie is een privaatrechtelijke rechtspersoon. De maatschap is geen rechtspersoon, maar een contractueel samenwerkingsverband. Op organisaties uit de private sector zonder rechtspersoonlijkheid zoals een maatschap is de WNT niet van toepassing. De WNT zou op dit punt derhalve moeten worden

[89] Vgl. art 14 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg.

aangepast.[90] Vervolgens kunnen de MSB-coöperatie en de MSB-maatschap eventueel via een WTZa-vergunning onder het regime van de WNT worden gebracht.

De vrijgevestigde medisch specialist is in de praktijk lid of maat van het MSB. Meestal is dat niet in persoon, maar met een bv (een 'praktijk-bv'). Vennootschappelijke constructies zouden aan een doelmatig bezoldigingsplafond in de weg staan. Indien de medisch specialist winst ontvangt (dividend), valt dat niet onder het bezoldigingsbegrip van de WNT.

VI.6.3 Conclusie

De WNT is effectief als instrument voor inkomensnormering ingeval medisch specialisten in loondienst zijn. De WNT is geen voor de hand liggend wettelijk kader om medisch specialisten in loondienst te brengen. Toepassing van de WNT op de vrijgevestigde medisch specialisten achten wij niet werkbaar.

[90] Op dit moment is het wetsvoorstel Modernisering personenvennootschappen aanhangig. In dit wetsvoorstel wordt de personenvennootschap, dat wil zeggen de maatschap, commanditaire vennootschap en de vennootschap onder firma, rechtspersoonlijkheid toegekend. Zodoende zou de maatschap kwalificeren als een privaatrechtelijk rechtspersoon.

VII Europees en internationaal recht

VII.1 Inleiding

In deze paragraaf wordt een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst besproken vanuit de invalshoeken van het recht van de Europese Unie en van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (**EVRM**).

In beide gevallen vindt geen integrale toetsing plaats, omdat zo'n toetsing sterk afhankelijk is van de exacte vormgeving van een mogelijke verplichte overgang en van de uiteindelijke onderbouwing daarvan. Wij schetsen het toepasselijke juridische kader en geven een aanzet voor de beoordeling in het licht van dat kader.

VII.2 Recht van de Europese Unie

VII.2.1 Vrij verkeer

Het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie (**VWEU**) bepaalt dat de Europese Unie de verantwoordelijkheden van de lidstaten op het gebied van het gezondheidsbeleid en de organisatie en de verstrekking van gezondheidsdiensten eerbiedigt.[91] Dit uitgangspunt neemt niet weg dat de lidstaten hun bevoegdheden op het gebied van de gezondheidszorg moeten toepassen met in acht neming van het gemeenschapsrecht, in het bijzonder de bepalingen over het vrij verkeer.[92]

Een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten naar een dienstverband kan het vrij verkeer op verschillende manieren raken. Een medisch specialist die in een andere lidstaat woont en in Nederland in vrije vestiging wil praktiseren, kan daarvan door een verplichte overgang worden afgehouden. Daardoor kan de vrijheid van vestiging of het vrije verkeer van diensten geraakt worden.[93]

Ook een zorginstelling die vanuit een andere lidstaat in Nederland wordt opgericht, kan na een verplichte overgang in beginsel niet meer gebruik maken van de diensten van vrijgevestigd medisch specialisten. In dat geval wordt de vrijheid van vestiging geraakt.[94]

Het VWEU noemt enkele publieke belangen die een inbreuk op de vrijheid van vestiging of het vrije verkeer van diensten kunnen rechtvaardigen. Daartoe behoort de volksgezondheid.[95] Voorts heeft de Europese rechter erkend dat andere motieven inbreuken op deze vrijheden kunnen rechtvaardigen. Tot deze motieven behoort het financiële evenwicht van het sociale zekerheidsstelsel.[96]

---

[91] Art. 168 lid 7 VWEU.

[92] Zie bijv. HvJ EU 10 maart 2009, zaak C-169/07 (*Hartlauer*), par. 29.

[93] Resp. art.49 en 56 VWEU. Zie hierover bijv. HvJ EU 30 november 1995, zaak C-55/94 (*Gebhard*).

[94] Zie bijv. HvJ EU 10 maart 2009, zaak C-169/07 (*Hartlauer*), par. 33.

[95] Art. 52 en 62 VWEU.

[96] Zie bijv. HvJ EU 13 mei 2003, zaak C-385/99 (*Müller-Fauré en Van Riet*), par. 73.

VII.2.2 Proportionaliteit

Nationale maatregelen kunnen alleen van deze uitzonderingen profiteren, als zij geschikt en noodzakelijk zijn om het nagestreefde belang te verwezenlijken ('proportionaliteitsvereiste'). De nationale maatregel moet in de eerste plaats het nagestreefde doel kunnen realiseren. Zij mag in de tweede plaats niet verder gaan dan nodig is om dat doel te realiseren.[97] De lidstaten moeten de proportionaliteit van nationale maatregelen aan de hand van specifieke gegevens kunnen aantonen.[98]

In de rechtspraak is in het kader van de geschiktheid voorts de voorwaarde ontwikkeld dat het nationale recht waarvan een beperkende maatregel deel uitmaakt het betrokken doel 'coherent en systematisch' nastreeft.[99]

De beoordeling die het HvJ EU uitvoert, kan aan de hand van twee voorbeelden worden geïllustreerd:

- Het hof achtte het in België geldende volledige verbod op reclame voor tandheelkundige behandelingen niet toelaatbaar, omdat een dergelijk verbod verder gaat dan noodzakelijk om de volksgezondheid te beschermen.[100] Over een Duits verbod op reclame voor medische behandelingen voor zover die reclame in strijd is met de beroepsethiek oordeelde het hof echter dat een dergelijk verbod in overeenstemming kan zijn met het vrij verkeer.[101]

- Het hof achtte een Oostenrijks vergunningstelsel voor tandheelkundige klinieken niet in overeenstemming met de vrijheid van vestiging. Eén van de redenen daarvoor was dat dat voor de oprichting en de exploitatie van nieuwe zelfstandige tandheelkundige poliklinieken, ongeacht de omvang ervan, een voorafgaande vergunning op basis van een behoeftetoets op de markt was vereist. De vestiging van nieuwe groepspraktijken was daarentegen niet afhankelijk van een vergunning, ongeacht de omvang ervan. Dit verschil kon de Oostenrijkse overheid niet goed verklaren, omdat poliklinieken en groepspraktijken dezelfde diensten aanboden en er ook qua apparatuur en professionals nauwelijks verschillen waren. Tegen deze achtergrond oordeelde het hof dat de Oostenrijkse regeling het nagestreefde doel niet coherent en systematisch nastreeft.[102]

Onderzoekers van de Radboud Universiteit hebben enkele jaren geleden op verzoek van het ministerie van VWS onderzocht of een verbod op winstuitkering door zorgaanbieders in overeenstemming is met de bepalingen in het VWEU over het vrij verkeer. Zij komen tot de volgende conclusie:

> *"Uit bovenstaande analyse blijkt dat voor de verenigbaarheid van regulering van winstuitkering door zorgaanbieders met het EU-recht voor de interne markt het van essentieel belang is dat voldaan is aan het proportionaliteitsvereiste. Als commerciële*

[97] Zie bijv. HvJ EU 17 juli 2008, zaak C-500/06 (*Corporación Dermoestética*).

[98] Zie bijv. HvJ EU 19 oktober 2016, zaak C-148/15 (*Deutsche Parkinson Vereinigung*), par. 35-36.

[99] Zie bijv. HvJ EU 10 maart 2009, zaak C-169/07 (*Hartlauer*), par. 55.

[100] HvJ EU 4 mei 2017, zaak C-339/15 (*Vanderborght*).

[101] HvJ EU 12 september 2013, zaak C-475/11 (*Konstantinides*).

[102] HvJ EU 10 maart 2009, zaak C-169/07 (*Hartlauer*).

partijen zijn toegelaten in een bepaalde sector, dan is het streven naar winst een belangrijk gegeven. Het verbieden van een kernbeslissing van commerciële partijen, namelijk het uitkeren van winst aan aandeelhouders, grijpt diep in. Hiervoor moeten met het oog op geschiktheid en noodzakelijkheid goede argumenten gebaseerd op concrete gegevens bestaan."[103]

VII.2.3 Beoordeling

Een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst is een ingrijpende maatregel. Een dergelijke maatregel is uitsluitend toelaatbaar in het licht van de Europeesrechtelijke bepalingen over het vrij verkeer, als de Nederlandse overheid de geschiktheid en noodzakelijkheid daarvan aan de hand van specifieke gegevens kan aantonen.

Bij een dergelijke beoordeling zijn uiteraard de motieven voor een verplichte overgang van belang. Wij hebben deze motieven in hoofdstuk V besproken. In par. V.2 kwamen wij tot het oordeel dat wij het aannemelijk achten dat een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten de bestuurbaarheid van ziekenhuizen verbetert, hetgeen kan bijdragen aan de door de overheid gewenste herinrichting van de medisch-specialistische zorg. In zoverre is sprake van een geschikte maatregel.

Wij hebben in par. V.3 kanttekeningen geplaatst bij de door de overheid geprognosticeerde besparingen als gevolg van een verplichte overgang, in het bijzonder ten aanzien van besparingen als gevolg van het wegvallen van een volumeprikkel.

Om de vraag naar de noodzakelijkheid van een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten te kunnen beantwoorden, moet worden onderzocht of er minder vergaande alternatieven zijn waarmee de overheid de nagestreefde doelen ook kan behalen. Hierbij is van belang dat verschillende maatregelen ten aanzien van vrijgevestigde medisch specialisten in het verleden, zoals de Integratiewet van 2000[104] en de invoering van integrale tarieven, kennelijk niet het door de overheid gewenste resultaat hebben gehad.

Daar staat tegenover dat actueel onderzoek naar alternatieven voor een verplichte overgang naar onze waarneming niet beschikbaar is. In een voorstel tot een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten zou het te dienen belang, de overwogen alternatieven, de geschiktheid en de noodzakelijkheid van de gekozen maatregel expliciet aan de orde moeten komen.

VII.3 EVRM

VII.3.1 Inleiding

Zorgkeuzes in Kaart neemt bij het budgettaire effect van verplichte indiensttreding mee dat de goodwill van medisch specialisten verloren gaat en moet worden afgekocht. Naar wij begrijpen wordt dan gedoeld op de som van alle investeringen in goodwill door vrijgevestigd medisch specialisten. Deze som wordt op € 2 miljard geschat. Dit bedrag speelt al langere tijd een rol in de

---

[103] J.M. Veenbrink e.a., *Advies over het reguleren van winstuitkering door zorgaanbieders*, bijlage bij *Kamerstukken II* 2018/19, 35000-XVI, 133.

[104] *Stb.* 1999, 16, Kamerstuknummer 25 258.

discussie over de vrije vestiging van medisch specialisten.[105] Een recente validatie van dit bedrag hebben wij niet beschikbaar. Hierna wordt onderzocht of de overheid bij een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst een compensatie aan deze medisch specialisten moet verschaffen.

VII.3.2 Artikel 1 EP

Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM (**artikel 1 EP**) waarborgt het recht op eigendom. Een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst geeft aanleiding tot de vraag of deze medisch specialisten in het kader van hun vrije beroepsuitoefening een eigendomsrecht in de zin van artikel 1 EP uitoefenen en, zo ja, hoe ver de bescherming van dit recht bij een verplichte overgang reikt.

De tekst van artikel 1 EP luidt in de officiële Nederlandse vertaling:

> *Iedere natuurlijke of rechtspersoon heeft recht op ongestoord genot van zijn eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht.*
>
> *De voorgaande bepalingen tasten echter op geen enkele wijze het recht aan, dat een Staat heeft om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen of boeten te verzekeren.*

In artikel 1 EP kunnen drie afzonderlijke hoofdregels worden onderscheiden, namelijk (i) het beginsel van ongestoord eigendomsgenot (eerste alinea, eerste zin), (ii) de bescherming tegen de ontneming van eigendom (eerste alinea, tweede zin), en (iii) de mogelijkheid van regulering van eigendom (tweede alinea).

VII.3.3 Welk eigendom valt onder de bescherming van artikel 1 EP?

Artikel 1 EP beschermt slechts bestaande eigendommen en 'assets, including claims, in respect of which the applicant can argue that he has at least a 'legitimate expectation' of obtaining effective enjoyment of a property right', aldus het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (**EHRM**).[106] Artikel 1 EP houdt derhalve geen recht in om inkomsten te verwerven. Evenmin beschermt het de enkele hoop of verwachting op toekomstige inkomsten.[107] Die worden alleen aangemerkt als 'possession' wanneer zij reeds zijn verdiend of wanneer daarop een rechtens afdwingbare aanspraak bestaat.[108]

---

[105] Zie M. van Dorresteijn, 'Afkopen goodwill kost 2 miljard', *Zorgvisie*. Raadpleegbaar via https://www.zorgvisie.nl/afkopen-goodwill-kost-2-miljard-euro-zvs006374w/.

[106] EHRM 12 juli 2001, nr. 42527/98, (*Hans Adam II van Liechtenstein/Duitsland*), par. 83; EHRM 13 december 2000, nr. 33071/96 (*Malhous/Tjechische Republiek*). Zie ook EHRM 11 januari 2007, nr. 73049/01 (*Anheuser-Busch Inc./Portugal*), par. 65. Zie verder over het begrip 'legitimate expectations': Maya Sigron, Legitimate Expectations Under Article 1 of Protocol No. 1 to the European Convention on Human Rights, Cambridge: Intersentia Publishing 2014, p. 75-77 en p. 82-90; Robin C.A. White & Clare Ovey, The European Convention on Human Rights, Oxford: Oxford University Press 2010, p. 485-488.

[107] EHRM 19 oktober 2000, nr. 31227/96 (*Ambruosi/Italië*), par. 20.

[108] ECRM 3 oktober 1984, nr. 10438/83 (*H.J. Batelaan en J. Huiges/Nederland*); EHRM 15 januari 2000, nr. 37683/97 (Ian Edgar

Over goodwill in de vorm van een bestaande klantenkring heeft het EHRM geoordeeld dat sprake is van een object met een zekere waarde dat in veel opzichten gelijk is aan een 'private right' en daarom een 'asset' ofwel 'possession' vormt. Van goodwill die slechts wordt gebaseerd op de gekapitaliseerde waarde van toekomstige overwinsten heeft het Hof gevonden dat niet kan worden gezegd dat sprake is van een 'possession' in de zin van art. 1 EP. Toekomstige inkomsten worden alleen beschermd als zij reeds zijn verdiend of daarop een rechtens afdwingbare aanspraak bestaat. Absoluut toekomstige inkomsten, dus zonder dat sprake is van een bestaande verdienste of rechtens afdwingbare aanspraak waarbij aansluiting kan worden gezocht, worden niet door artikel 1 EP beschermd. Ook een 'legitimate expectation' wordt slechts beschermd als sprake is van een bestaande en voldoende concrete aanspraak.

De Hoge Raad heeft in een bekend arrest over de Wet verbod pelsdierhouderij (**Pelsdierenarrest**) het volgende over goodwill opgemerkt:

> *Ingevolge bestendige rechtspraak van het EHRM kan goodwill onder bepaalde omstandigheden weliswaar als eigendom in de zin van art. 1 EP worden beschouwd, maar kunnen toekomstige inkomsten alleen dan als zodanig worden aangemerkt wanneer zij reeds zijn verdiend of wanneer daarop een rechtens afdwingbare aanspraak bestaat (vgl. recent EHRM 21 april 2016, nr. 32913/03 (Topallay/Albanië), par. 88). Dat brengt met zich dat goodwill, dan wel de waarde van een onderneming niet als eigendom in de zin van art. 1 EP heeft te gelden indien het bestaan daarvan uitsluitend kan worden onderbouwd door verwijzing naar toekomstige inkomsten (zie EHRM 25 januari 2000, nr. 37683/97 (Ian Edgar (Liverpool) Ltd./Verenigd Koninkrijk) en EHRM 13 maart 2012, nr. 23780/08, ECLI:NL:XX:2012:BX1155 (Malik/Verenigd Koninkrijk)).*
>
> *In de uitspraken waarin het EHRM goodwill als (onderdeel van) eigendom heeft aanvaard, ging het om gevallen waarin die goodwill voortvloeide uit een bestaande vergunning (vgl. EHRM 7 juli 1989, nr. 10873/84 (Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden) en EHRM 18 februari 1991, nr. 12033/86 (Fredin/Zweden)), of uit een bestaande klanten- of patiëntenkring (vgl. EHRM 26 juni 1986, nrs. 8543/79, 8674/79 en 8635/79, ECLI:NL:XX:1986:AC9450, NJ 1987/581 (Van Marle e.a./Nederland) en de hiervoor genoemde zaak Malik/Verenigd Koninkrijk). Daarnaast is in de zaak Wendenburg/Duitsland (EHRM 6 februari 2003, nr. 71630/01) art. 1 EP toepasselijk geacht op "law practices and their clientele"; voor die toepasselijkheid achtte het EHRM echter van belang dat op grond van een bestaand wettelijk privilege (het uitsluitend recht van advocaten om te procederen voor Duitse gerechtshoven) de 'legitimate expectation' bestond dat inkomsten verworven kunnen worden: "When dealing with the protection of privileges accorded by law, the Convention is applicable where such privileges lead to a legitimate expectation of acquiring certain possessions".* [109]

Indien de waarde of goodwill van een ondernemingen vrijwel volledig, zo niet uitsluitend, is gebaseerd op de toekomstige inkomsten die men na de overheidsmaatregel hoopt te generen, en

---

(Liverpool) Ltd/Verenigd Koninkrijk); EHRM 13 maart 2012, nr. 23780/08 (*Malik/Verenigd Koninkrijk*) en EHRM 21 april 2016, nr. 32913/03 (Topallaj/Albanië), par. 88: 'Article 1 of Protocol No. 1 applies only to a person's existing possessions. Thus, future income thus cannot be considered to constitute "possessions" unless it has already been earned or is definitely payable'.

[109] Hoge Raad 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.3.2.

niet op bestaande eigenschappen of verworvenheden (‘assets’) van hun ondernemingen, zoals een klantenbestand, valt de goodwill niet onder de bescherming van artikel 1 EP.

VII.3.4 Onteigening of regulering?

Bij een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten moet vervolgens worden beoordeeld of er sprake is van een ‘de facto onteigening’ van eigendom of van de regulering van eigendom. Dit onderscheid is cruciaal, zowel bij de beoordeling van de rechtmatigheid van de overheidsmaatregel als bij de eventuele aanspraken op schadevergoeding.

Het EHRM heeft bij herhaling geoordeeld dat voor de beantwoording van de vraag of er sprake is van een de facto onteigening gekeken moet worden naar het werkelijk effect van de maatregel. De Hoge Raad heeft deze rechtspraak in het Pelsdierenarrest als volgt samengevat:

> *Om vast te stellen of sprake is van een de facto onteigening van een onderneming, moet bezien worden wat het werkelijke effect op de onderneming als geheel is van de maatregel waarover wordt geklaagd; indien de maatregel leidt tot beëindiging van de onderneming maar de rechthebbende enig economisch belang of een zinvolle gebruiksmogelijkheid behoudt bij (activa van) de onderneming, is geen sprake van een de facto onteigening van de onderneming (zie onder meer de hiervoor in 3.3.2 vermelde zaken Tre Traktörer Aktiebolag/Zweden en Fredin/Zweden).*[110]

Daarbij dient ook te worden vastgesteld wat het object is van een de facto onteigening. De enkele omstandigheid dat een maatregel resulteert in een algehele beëindiging van een onderneming behoeft geenszins tot de conclusie te leiden dat daarmee sprake is van een de facto onteigening, ook niet indien de maatregel tot gevolg heeft dat de bestaande onderneming geen reële mogelijkheid heeft om een andere onderneming te drijven. Een aantasting van de waarde van onderneming houdt niet zonder meer in dat sprake is van een de facto onteigening.

VII.3.5 Fair balance-test

Bij de beoordeling van de rechtmatigheid van een overheidsmaatregel in het licht van artikel 1 EP dient tot slot een fair balance-toets te worden uitgevoerd De fair balance-toets vereist het bestaan van een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het doel dat daarmee wordt nagestreefd. Aan het vereiste van een fair balance is niet voldaan, indien er sprake is van een individuele en buitensporige last (‘individual and excessive burden’) voor de betrokken persoon. Daarbij dienen alle omstandigheden van het individuele geval in ogenschouw te worden genomen.

Wanneer door de overheid een bepaalde maatregel wordt genomen ten aanzien van een onderneming of een beroepspraktijk, dan is voor de bepaling van de vraag of sprake is van een aantasting van die onderneming of beroepspraktijk en voor de vraag of sprake is van een fair balance, onder meer van belang of de onderneming of de beroepspraktijk inkomensschade heeft geleden. Bij de beoordeling of een fair balance is getroffen, wordt een inbreuk op eigendom alleen meegewogen indien deze valt onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP. Zo kunnen

[110] Hoge Raad 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.4.2; zie ook EHRM 16 oktober 2018, nr. 21623/13, ECLI:CE:ECHR:2018: 1016JUD002162313, AB 2020/48 m.nt. Barkhuysen en Van Emmerik (*Könyv-Tár Kft e.a./Hongarije*), par. 43.

bijvoorbeeld toekomstige inkomsten die niet gelden als eigendom in de zin van artikel 1 EP niet in de beoordeling van een fair balance worden meegenomen.

Bij de beoordeling van de fair balance worden alle omstandigheden van het geval meegewogen, ook eventuele flankerende maatregelen van de overheid zoals een overgangsregeling. Het bestaan van een overgangsperiode die de door een maatregel getroffen eigenaar in staat stelt om zijn schade te beperken, is een omstandigheid die kan bijdragen aan het oordeel dat een redelijk evenwicht is getroffen tussen de eisen van het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds.[111]

VII.3.6 Beoordeling

In het voorgaande is een schets gegeven van de werking van artikel 1 EP bij overheidsmaatregelen. Voor de toepassing is noodzakelijk dat er sprake is van een ontneming of regulering van eigendom in de zin van artikel 1 EP. De enkele omstandigheid dat een onderneming in het economisch verkeer een waardevermindering ondergaat houdt niet zonder meer in dat er sprake is van een ontneming of regulering van eigendom in de zin van artikel 1 EP.

De voorgenomen overheidsmaatregel houdt in dat een aanbieder van medisch specialistische zorg zoals een ziekenhuis, medisch specialisten in loondienst moet nemen. Komt met een dergelijke maatregel artikel 1 EP in beeld?

De eerste te beantwoorden vraag is of de betrokken economische activiteit valt onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP. Indien de waarde van een bedrijf enkel kan worden onderbouwd door te verwijzen naar toekomstige inkomsten, is er geen sprake van eigendom in de zin van artikel 1 EP. Artikel 1 EP houdt geen recht in om inkomsten te verwerven, terwijl evenmin de enkele hoop of verwachting op toekomstige inkomsten door artikel 1 EP wordt beschermd. Toekomstige inkomsten worden alleen aangemerkt als eigendom wanneer zij reeds zijn verdiend of wanneer daarop een rechtens afdwingbare aanspraak bestaat.

Voor zover de waarde van een MSB is gebaseerd op toekomstige inkomsten waarop geen rechtens afdwingbare aanspraak bestaat, is er geen sprake van eigendom dat onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP valt. Mogelijk laat de praktijk andere vermogenscomponenten in MSB's zien die wel onder het bereik van artikel 1 EP vallen.

Het geschatte te compenseren bedrag van € 2 miljard uit Zorgkeuzes in Kaart is echter niet zozeer gebaseerd op schade bij MSB's als wel op te compenseren schade bij de deelnemers of maten van het MSB, de individuele medisch specialisten.

Het is bekend dat de medisch specialisten vóór toetreding goodwill betalen, dan wel dat aan de bestaande leden of deelnemers een goodwillaanspraak toekomt. Goodwill functioneert in de praktijk als een toegang tot de mogelijkheid om als vrijgevestigde medisch specialist de praktijk te kunnen uitoefenen. Met de komst van de MSB's heeft goodwill meerdere verschijningsvormen gekregen.

Soms betaalt de nieuwe medisch specialist aan de vertrekkende medisch specialist een bedrag om zijn plek in de maatschap over te nemen. Ook is het mogelijk dat goodwill wordt betaald aan

[111] EHRM 13 januari 2015, nr. 65681/13, ECLI:CE:ECHR:2015:201, JB 2015/82 (*Vékony/Hongarije*).

het MSB door de toetredende medisch specialist en aan een vertrekkende medisch specialist door het MSB een bedrag aan goodwill wordt betaald. Tot slot is het mogelijk dat er een vorm van in- en uitverdienregeling bestaat waarbij de toetreder gedurende een aantal jaren een lager bedrag toekomt en aan een vertrekkende deelnemer een bedrag als goodwill wordt uitbetaald. In al deze varianten fungeert de goodwill, in de woorden van de FMS, als een beloning voor over te dragen verdiencapaciteit (zie par. IV.6 hiervóór).

Op basis van de rechtspraak van het EHRM valt het vervallen van goodwill niet onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP als deze goodwill is gebaseerd op de gekapitaliseerde waarde van toekomstige overwinsten of verdiensten. Dit betekent dat de goodwill zoals die op dit moment door vrijgevestigde medisch specialisten wordt gehanteerd naar onze mening niet zonder meer als eigendom in de zin van artikel 1 EP kan worden gekwalificeerd.

Wij plaatsen daarbij de belangrijke kanttekening dat het systeem van goodwill zoals dat op dit moment functioneert abstraheert van de individuele situatie waarin een medisch specialist zich bevindt. Er is maar één parameter van belang en dat is een financiële. Praktijken van medisch specialisten hebben echter verschillende economische kenmerken. Sommige medisch specialisten genereren eigen individuele concurrentiekracht richting patiënten of verwijzers, anderen zien zelden of nooit een patiënt. Sommige specialisten zijn in staat om ondernemende activiteiten buiten het ziekenhuis te ontwikkelen, anderen werken uitsluitend in ziekenhuisverband. Het is denkbaar dat, afhankelijk van de omstandigheden waarin individuele medisch specialisten hun praktijk uitoefenen, wel eigendom in de zin van artikel 1 EP is ontstaan. Een algemene benadering zoals die tot op heden is gehanteerd in Zorgkeuzes in Kaart en door de FMS volstaat echter niet.

Ook voor toekomstige negatieve inkomenseffecten en pensioeneffecten van vrijgevestigde medisch specialisten geldt dat die niet onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP vallen, tenzij daarop een rechtens afdwingbare aanspraak bestaat.

De tweede te beantwoorden vraag is of een verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten kwalificeert als een de facto onteigening of een regulering van het eigendomsrecht. Zoals de Hoge Raad in het Pelsdierenarrest heeft overwogen moet voor de beantwoording van de vraag of sprake is van een de facto onteigening van een onderneming bezien worden wat het werkelijke effect op de onderneming als geheel is van de maatregel waarover wordt geklaagd. Indien de maatregel leidt tot beëindiging van de onderneming maar de rechthebbende enig economisch belang of een zinvolle gebruiksmogelijkheid behoudt bij (activa van) de onderneming, is geen sprake van een de facto onteigening van de onderneming.

Het feitelijk effect van de voorgenomen overheidsmaatregel zou kunnen zijn dat binnen de bestaande MSB's geen relevante economische activiteiten meer zal kunnen worden ontwikkeld. De enkele constatering dat het gevolg van de voorgenomen overheidsmaatregel is dat binnen de bestaande MSB's geen relevante economische activiteit kan worden ontwikkeld, houdt niet zonder meer in dat sprake is van ontneming van eigendom.

De betrokken medisch specialisten kunnen weliswaar niet langer in vrije vestiging werken, maar zij kunnen hun activiteiten als medisch specialist voortzetten in loondienstverband met het ziekenhuis. In zoverre verliezen de medisch specialisten niet ieder economisch belang bij de beroepsmatige werkzaamheden die zij voorheen binnen het MSB verrichtten.

Uit het voorgaande volgt dat de voorgenomen overheidsmaatregel in beginsel niet kwalificeert als een de facto onteigening van eigendom, maar als een vorm van regulering. Ook als de goodwill van vrijgevestigde medisch specialisten zou kwalificeren als eigendom in de zin van artikel 1 EP, dan is de overheid niet verplicht het verlies daarvan volledig aan hen te vergoeden.

De derde te beantwoorden vraag is tot welke uitkomst de *fair balance*-toets leidt. De *fair balance*-toets vereist het bestaan van een redelijke mate van evenredigheid tussen de gebruikte middelen en het doel dat daarmee wordt nagestreefd. Aan het vereiste van een *fair balance* is niet voldaan, indien er sprake is van een individuele en buitensporige last voor de betrokken persoon.

Waar het gaat om de beoordeling van wat in het algemeen belang is en de keus van de middelen om dit algemeen belang te dienen, komt de wetgever een *wide margin of appreciation* toe. Daarbij dienen alle omstandigheden van het individuele geval in ogenschouw te worden genomen.

Het is afhankelijk van de wijze waarop de overheidsmaatregel wordt vormgegeven of wordt voldaan aan de *fair balance*-toets. Relevant daarbij is bijvoorbeeld of er bij de regeling een vorm van tegemoetkoming wordt geboden voor geleden inkomstenverlies of het verdwijnen van goodwill-aanspraken of dat er een overgangstermijn wordt gehanteerd.

Van belang is ook of de overheid verwachtingen heeft gewekt bij vrijgevestigde medisch specialisten, op basis waarvan zij investeringen hebben gedaan. Naar onze mening heeft de overheid bij medisch specialisten geen gerechtvaardigde verwachtingen gewekt over het langdurige voortbestaan van de mogelijkheid om in vrije vestiging werkzaam te zijn. Er bestaat integendeel al langere tijd discussie over de wijze waarop de specialistische medische zorg is georganiseerd en over de positie van vrijgevestigde medisch specialisten.

Niettemin laten zich eenvoudig individuele gevallen bedenken waarbij de voorgenomen overheidsmaatregelen tegenover een individuele vrijgevestigde medisch specialist leidt tot een individuele en buitensporige last. Een verplichte overgang kan bijvoorbeeld voor een net toegetreden medisch specialist die aan een vertrekkende medisch specialist, aan een MSB of een ziekenhuis goodwill heeft betaald, waarbij er nauwelijks een mogelijk bestaat om dit terug te verdienen, zodanig onevenredig uitwerken dat de overheidsmaatregel jegens deze groep medisch specialisten niet voldoet aan de *fair balance*-toets. Een (aanvullende) compensatieregeling in tijd of geld zou dan aangewezen kunnen zijn.

Er zijn wellicht meer categorieën medisch specialisten tegenover wie een verplichte overgang zodanig onevenredig uitwerkt dat er sprake is van een *excessive burden*, maar daarop hebben wij thans onvoldoende zicht. Het is aan de overheid om hier bij de totstandkoming van de overheidsmaatregel aandacht aan te besteden.

AKD

VIII Afkortingenlijst

A-G	Advocaat-Generaal
AMS	Arbeidsvoorwaarden Medisch Specialisten
BV	Besloten vennootschap
Cao	Collectieve arbeidsovereenkomst
JZOJP	De Juiste Zorg op de Juiste Plek
EHRM	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
EP	Eerste Protocol
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FMS	Federatie Medisch Specialisten
HR	Hoge Raad
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
KNO	Keel-, Neus- en Oorheelkunde
LHV	Landelijke Huisartsen Vereniging
MC	Medisch Centrum
MSB	Medisch Specialistisch Bedrijf
MSZ	Medisch specialistische zorg
NVZ	Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
RvB	Raad van Bestuur
RVE	Resultaat Verantwoordelijke Eenheid
STAK	Stichting administratiekantoor
VMS	Vereniging Medische Staf
VWEU	Verdrag betreffende de Werking van de Europese Unie
VWS	Volksgezondheid, Welzijn en Sport
Wkkgz	Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg
Wmg	Wet marktordening gezondheidszorg
WNT	Wet normering topinkomens
Wtg	Wet tarieven gezondheidszorg
WTZa	Wet toetreding zorgaanbieders
WTZi	Wet toelating zorginstellingen
ZBC	Zelfstandig behandelcentrum
ZZP	Zelfstandige zonder personeel