

Deregulering van prestaties in de zorg (wetsvoorstel 34445) – nut en noodzaak

Mr. B.A. van Schelven & mr. drs. C.J. de Boer*

1. Inleiding

De Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) geeft de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) de bevoegdheid tot tarief- en prestatieregulering. De verbodsbepaling uit artikel 35 Wmg is onlosmakelijk verbonden met die bevoegdheid. Dat artikel verbiedt het een zorgaanbieder om een tarief in rekening te brengen voor prestaties die – kort gezegd – niet conform de Wmg tot stand zijn gekomen.

In de meest recente evaluatie van de Wmg is geconcludeerd dat dit verbodsstelsel ‘de doelen van de WMG slechts in beperkte mate ondersteunt.’¹ De onderzoekers vonden dat ‘er [daarom] voldoende reden en momentum [is] om de verbodsbepaling uit artikel 35 WMG te heroverwegen en vrije vormen van prestaties mogelijk te maken.’² De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (Minister) heeft dat inzicht onderschreven.³ Een en ander heeft geleid tot het wetsvoorstel Wijziging van de Wet marktordening gezondheidszorg en enkele andere wetten in verband met aanpassingen van de tarief- en prestatieregulering en het markttoezicht op het terrein van de gezondheidszorg⁴ (Wetsvoorstel).

Het Wetsvoorstel beoogt een overstap van een verbodsstelsel naar een gebodsstelsel.⁵ Kort samengevat betekent dit dat zorgaanbieders, zorgverzekeraars en/of de patiënt zelf afspraken mogen maken over tarieven en prestaties, tenzij dat is verboden. Het Wetsvoorstel beoogt ook een duidelijke positionering van de NZa als ‘robuuste en onafhankelijke’ toezichthouder. Dat doel valt evenwel buiten het bestek van dit artikel.

In dit artikel bespreken we de inhoud, haalbaarheid en wenselijkheid van het Wetsvoorstel. Ook gaan we na of er een zorgsector is die op dit moment in aanmerking zou kunnen komen voor deregulering conform het Wetsvoorstel. Afsluitend maken we enige observaties. We beginnen met een historische schets van tarief- en prestatieregulering.

* Bas van Schelven en Cees Jan de Boer zijn beiden advocaat bij Van Doorne.

1 ‘Ordering en toezicht in de zorg, Evaluatie van de Wet Marktordening Gezondheidszorg (WMG) en de Nederlandse Zorgautoriteit’, bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 25268, 87, p. 68.

2 ‘Ordering en toezicht in de zorg, Evaluatie van de Wet Marktordening Gezondheidszorg (WMG) en de Nederlandse Zorgautoriteit’, bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 25268, 87, p. 68.

3 *Kamerstukken II 2014/15*, 31765, 116, p. 8 en *Kamerstukken II 2013/14*, 25268, 112, p. 18.

4 *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, 2.

5 *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, 3, p. 2.

2. Historische achtergrond van prestatie- en tariefregulering in de zorg⁶

De overheid is zich pas na de Tweede Wereldoorlog gaan bemoeien met de prijzen in de zorg. Door de oorlogsomstandigheden was er een tekort aan ziekenhuisbedden. De overheid stelde daarom op grond van de Prijsopdrivings- en hamsterwet 1939 maxima aan de verpleegprijzen. Begin jaren zestig verschoof deze taak naar de Stichting Centraal Orgaan Ziekenhuistarieven (COZ). Deze privaatrechtelijke entiteit kon slechts functioneren op basis van consensus tussen ziekenhuizen, ziekenfondsen en particuliere ziektekostenverzekeraars.

In 1965 werd de Wet ziekenhuistarieven (Wzt) van kracht. De Wzt kende een voorloper van artikel 35 Wmg: een ziekenhuis mocht een tarief niet in rekening brengen, tenzij het tarief door het COZ was goedgekeurd of de Minister geen bezwaar had gemaakt tegen het tarief. Achtergrond van deze tariefregulering was de wens de kosten van de gezondheidszorg binnen redelijke grenzen te houden.⁷

De Wzt is in 1981 opgevolgd door de Wet tarieven gezondheidszorg (Wtg). Achtergrond van de Wtg was de wens tot meer overheidsinvloed. Die invloed werd met name gewaarborgd doordat de centrale overheid de door het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg (COTG), dat tarieven moest goedkeuren of vaststellen, gehanteerde richtlijnen moest vaststellen. Ook kreeg de centrale overheid de bevoegdheid het COTG aanwijzingen te geven. De Wtg kende met artikel 2 lid 1 een voorloper van artikel 35 Wmg: het was verboden een tarief in rekening te brengen dat niet overeenkomstig de Wtg was goedgekeurd of vastgesteld.

De Wtg is in 2005 gewijzigd door de Wet tarieven gezondheidszorg ExPres (Wtg ExPres). De Wtg ExPres was een van de wetten die de weg plaveide voor de midden jaren nul doorgevoerde omslag van een aanbod- naar een vraaggestuurd zorgstelsel.⁸ Hiermee werd het mogelijk te experimenteren met tarieven, waardoor op deelmarkten op kleine schaal kon worden geëxperimenteerd met de introductie van marktprikkels.⁹

De Wmg verving de Wtg op 1 oktober 2006. Onder de Wmg is tariefregulering niet het einddoel, maar onderdeel van het Wmg-instrumentarium om op een beheerste wijze marktwerking in de zorg op gang te brengen.¹⁰ De tarief- en prestatiereguleringsbepalingen uit de Wmg zijn grotendeels afkomstig uit de Wtg, zo ook het dus door artikel 2 Wtg geïnspireerde artikel 35. Midden 2011 zijn de tariefreguleringsbepalingen herzien, om de toen spelende macrobudgettaire problematiek bij medisch specialisten en zelfstandige behandelcentra te kunnen oplossen.¹¹

6 Voor deze paragraaf is geput uit G.R.J. de Groot, *Tarieven in de gezondheidszorg* (diss. Utrecht), Deventer: Kluwer 1998, p. 7-24.

7 *Kamerstukken II* 1961/62, 6810, 3, p. 1.

8 Samen met de Wet herziening overeenkomstenstelsel zorg en de Wet toelating zorginstellingen. Zie uitgebreid H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 745-752.

9 Zie uitgebreid Leenen e.a. 2017 (zie noot 8), p. 748-750.

10 *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, 3, p. 67. Zie uitgebreid Leenen e.a. 2017 (zie noot 8), p. 752-758.

11 *Kamerstukken II* 2009/10, 32393, 3, p. 3. Zie uitgebreid M.E. Gelpke & W.I. Koelewijn: 'Het wetsvoorstel Wet aanvulling instrumenten bekostiging WMG', *TvGR* 2011, p. 389-404.

3. Wetsvoorstel 34445

De Wmg is in 2014 voor de tweede keer geëvalueerd. Een van de onderzoeksvragen was hoe de Wmg in de praktijk wordt toegepast en welke eventuele knelpunten en problemen zich daarbij voordeden. Binnen die onderzoeksvraag was een deelvraag in hoeverre tarief- en prestatieregulering bijdraagt aan het functioneren van het zorgstelsel. Onderzoeksbureau AEF concludeerde dat tarief- en prestatieregulering in 'haar huidige vorm (...) in beperkte mate [bijdraagt] aan het functioneren van het zorgstelsel'.¹² Die conclusie wordt onderbouwd met enerzijds observaties over de bijdrage van tarief- en prestatieregulering aan de doelen van de Wmg – betaalbaarheid, toegankelijkheid en kwaliteit van zorg, aldus AEF¹³ – en anderzijds het functioneren als declaratietaal.

Voor betaalbaarheid lijken volgens AEF de effecten van de bestuurlijke akkoorden groter dan prestatie- en tariefregulering. Binnen die 'de facto (...) budgettering' hebben vrije onderhandelingen over afzonderlijke prestaties 'weinig effect'. Verder vindt AEF dat tarief- en prestatieregulering 'in wisselende mate' bijdraagt aan het waarborgen van de toegankelijkheid. De bijdrage aan de kwaliteit waardeert AEF als 'weinig'. Ook als declaratietaal functioneert tarief- en prestatieregulering maar beperkt. In de medisch specialistische zorg zelfs helemaal niet, aldus AEF, omdat onderhandelingen daar vooral over een (omzet)plafond gaan. Een lichtpuntje is de langdurige zorg, waar het wel goed gaat: 'ZZP's zijn de basis geworden voor integrale behandeling en bekostiging'.¹⁴

Een aantal maanden nadat de evaluatie aan de Tweede Kamer is aangeboden, hint de Minister voor het eerst op fundamentele wijziging van artikel 35. Zij wil zorgen dat 'veelbelovende innovaties en nieuwe initiatieven gericht op kwaliteit en doelmatigheid sneller kunnen worden ingevoerd', reden waarom het zorgaanbieders en verzekeraars moet worden toegestaan 'zelf afspraken [te] maken over zorgprestaties'.¹⁵ In april 2015 schrijft zij in een reactie op de evaluatie dat 'de invoering van een "ja, mits-stelsel" in plaats van het

12 'Ordering en toezicht in de zorg. Evaluatie van de Wet Marktordering Gezondheidszorg (WVG) en de Nederlandse Zorgautoriteit', bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 25268, 87, p. 70.

13 Dit zijn evenwel niet de doelen die met de Wmg worden nagestreefd, maar de publieke belangen die de overheid nastreeft in de gezondheidszorg (*Kamerstukken II* 2000/01, 27855, 2, p. 4 en *Kamerstukken II* 2004/05, 30186, 3, p. 2). De Wmg is een van de wetten waarmee die publieke belangen moeten worden gewaarborgd. In dat kader bevat de Wmg regels met het oog op een doelmatig en doeltreffend stelsel van zorg en de beheersing van de kostenontwikkeling van de zorg (vgl. considerans Wmg).

14 'Ordering en toezicht in de zorg. Evaluatie van de Wet Marktordering Gezondheidszorg (WVG) en de Nederlandse Zorgautoriteit', bijlage bij *Kamerstukken II* 2013/14, 25268, 87, p. 69-70.

15 *Kamerstukken II* 2014/15, 31765, 116, p. 8. In de toelichting worden gebruik van e-health en een consult van een medisch specialist in een huisartsenpraktijk als voorbeelden gegeven van innovaties/maatwerkafspraken die hobbels ondervinden door de gebondenheid aan prestatiebeschrijvingen. Als voorbeeld van innovatieve bekostiging wordt bekostiging op basis van patiëntpopulatie gegeven (*Kamerstukken II* 2016/17, 34445, 6, p. 31).

huidige “nee, tenzij-stelsel” een interessante optie’ is.¹⁶ Die optie wordt een jaar later ingediend in de vorm van het Wetsvoorstel.¹⁷

Het Wetsvoorstel beoogt deregulering, in de vorm van een omslag van een verbodsstelsel naar een gebodsstelsel.¹⁸ Het doel is innovaties en maatwerk te bevorderen, zodat het voor zorgaanbieders en verzekeraars makkelijker wordt patiënten de zorg te bieden die bij hen past.¹⁹ Dat doel wordt bereikt door artikel 35 te laten vervallen en in artikel 50 (nieuw) Wmg te bepalen dat – kort gezegd – de voor (een deel van) een prestatie te hanteren prestatiebeschrijving vrij is, tenzij uit een ministeriële regeling blijkt dat een zorgvorm is gereguleerd.²⁰ Voor de situatie waarin er geen overeenkomst bestaat tussen zorgaanbieder en zorgverzekeraar bestaat de mogelijkheid gebruik te maken van door de NZa vast te stellen ‘terugvalprestaties’.²¹

In eerste instantie zal via een ministeriële regeling worden aangesloten bij de huidige situatie.²² Vervolgens zal stapsgewijs worden verkend welke zorgvormen kunnen worden gedereguleerd.²³ Volgens de Minister is deze stapsgewijze aanpak ‘noodzakelijk om vooraf goed te kunnen beoordelen of regulering voor de vorm van zorg nog steeds geboden is en aan alle randvoorwaarden wordt voldaan om een vorm van zorg verantwoord te dereguleren’. Onderdeel van deze verkenning is de toets of regulering geboden is vanwege de volgende cumulatieve omstandigheden:²⁴

- toegang tot en het gedrag van zorgaanbieders op de zorgverleningsmarkt;
- het gedrag van ziektekostenverzekeraars en consumenten op de zorginkoopmarkt; en
- de beperking van negatieve effecten.

16 Brief van 2 april 2015 van Minister VWS aan Voorzitter Eerste Kamer (Kabinetsreactie rapport commissie Borstlap en evaluatie Wmg en NZa) (kenmerk: 747366-134987-MC).

17 *Kamerstukken II 2015/16, 34445, 1-4*. In de nota van wijziging en tweede nota van wijziging zijn geen voor dit artikel relevante wijzigingen doorgevoerd (respectievelijk *Kamerstukken II 2016/17, 34445, 7* en *Kamerstukken II 2017/18, 34445, 11*).

18 *Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 2*.

19 *Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 4*. Goedkopere zorg is expliciet geen doel (*Kamerstukken II 2017/18, 34445, 10, p. 8*).

20 Art. 50 lid 1 jo. lid 3 sub a (nieuw) Wmg. Wijzigingen van de relevante ministeriële regelingen zullen worden voorgehangen bij het parlement (art. 126a (nieuw) Wmg).

21 Art. 50 lid 3 sub b (nieuw) Wmg. Hiervoor gelden vrije tarieven. Overigens is het ook mogelijk dat voor een sector geen terugvalprestaties worden vastgesteld (*Kamerstukken II 2017/18, 34445, 10, p. 19*).

22 Wmg-zorg zal worden gedefinieerd als zorg in de zin van de Zvw- en Wlz (art. 1 (nieuw) Wmg). Het aanvullend Zvw-pakket wordt alleen als Wmg-zorg gekwalificeerd voor zover zorg tot het aanvullend pakket behoort vanwege een leeftijdsgrens, aantal behandelingen of behandelduur tot het aanvullend pakket (art. 1 (nieuw) Wmg). Voor het overige zal het aanvullend pakket vooralsnog worden opgenomen in het Besluit uitbreiding en beperking werkingsfeer Wmg, bijvoorbeeld cosmetische medische zorg en reïsvaccins (*Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 4 en 15*).

23 De regering wil hierbij de weg volgen van geleidelijkheid, zorgvuldigheid en beginnen waar de meerwaarde het grootst is, aldus de Minister (*Kamerstukken II 2016/17, 34445, 6, p. 43*).

24 Art. 50 lid 4 (nieuw) Wmg en *Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 12*.

Een sector zal worden gedereguleerd als deze omstandigheden niet langer nopen tot regulering.^{25, 26} Volgens de toelichting zal daarbij ‘onder meer worden getoetst of de transparantie voor patiënten, zorgaanbieders en ziektekostenverzekeraars is geborgd, controle door ziektekostenverzekeraars mogelijk is en toezicht op de geleverde zorg en de uitvoering van de Zvw en Wlz door verzekeraars door de NZa mogelijk blijft’.²⁷ De Minister houdt bij de verdere uitwerking van zo’n dereguleringsbesluit rekening met ‘de invulling van publieke randvoorwaarden’.²⁸ Het is ook mogelijk eerst te experimenteren met vrije tarieven en/of prestaties.²⁹

Deregulering laat overigens onverlet dat zorgaanbieders aan administratie-, declaratie-, informatie- en transparantieverplichtingen moeten blijven voldoen.³⁰ Ook bij vrije prestaties zal bijvoorbeeld de geleverde zorgprestatie op transparante wijze op de factuur moeten staan en zullen minimale eisen worden gesteld aan de elementen die in de prestatiebeschrijving moeten worden opgenomen.³¹ Ook blijft bij deregulering de mogelijkheid bestaan om het macrobeheersinstrument in te zetten.³²

4. Beschouwing

4.1. Haalbaarheid Wetsvoorstel

De voorgestelde omslag van een verbods- naar een gebodsstelsel lijkt conceptueel passend. Het huidige verbodsstelsel is een flinke inperking van de handelingsvrijheid van zorgaanbieders en -verzekeraars. Vanaf 2006 zijn stappen gezet naar een stelsel van gereguleerde marktwerking, waarbij steeds is bedoeld de mate van regulering te verminderen. Vanuit dat perspectief past het voorgestelde gebodsstelsel – met overheidsingrepen in de markt alleen

25 *Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 12.* In de toelichting staat: ‘Indien niet (langer) wordt voldaan aan de criteria om te reguleren, dan wordt de betreffende sector gedereguleerd.’ We betwijfelen of opzettelijk is gekozen voor deze imperatieve formulering, omdat daarmee de beschikbare beleidsruimte voor deregulering behoorlijk zou worden ingeperkt.

26 In de toelichting staat dat voor de beoordeling van deze criteria bijvoorbeeld gebruik kan worden gemaakt van marktscans van de NZa (*Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 13*).

27 *Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 12.*

28 Art. 50 lid 5 (nieuw) Wmg. De toelichting noemt het mogelijk blijven van opsporing en handhaving door ketenpartners als het Openbaar Ministerie in het kader van fraudebestrijding, en de uitvoering van risicoverevening en eigen risico (*Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 12*). Dat eerste voorbeeld is noodzakelijk omdat door het wegvallen van tarief- en prestatieregulering de mogelijkheid voor de NZa om bestuursrechtelijk te handhaven deels wegvalt (*Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 13-14*).

29 Art. 50 lid 8 (nieuw) Wmg. Voordat een experiment wordt gestart, wordt eerst een verkenning gedaan waaruit moet blijken of in een sector voldoende transparantie is om verantwoord een experiment te kunnen starten (*Kamerstukken II 2017/18, 34445, 10, p. 5*). Ook zal in een sector geen tariefregulering nodig moeten zijn om de betaalbaarheid en toegankelijkheid van zorg te waarborgen (*Kamerstukken II 2017/18, 34445, 10, p. 17*).

30 *Kamerstukken II 2015/16, 34445, 3, p. 4.* De verschuiving van een verbods- naar een gebodsstelsel betekent ‘een verschuiving voor de focus van de NZa. Waar minder (of geen) prestatiebeschrijvingen en tariefbesluiten worden vastgesteld, is goed toezicht op administratie-, declaratie-, informatie- en transparantieverplichtingen nodig’, aldus de Minister (*Kamerstukken II 2016/17, 34445, 6, p. 37*).

31 *Kamerstukken II 2017/18, 34445, 10, p. 4.*

32 Art. 56c (nieuw) Wmg. Het is niet de bedoeling om materieel iets te wijzigen aan dit instrument (*Kamerstukken II 2016/17, 34445, 6, p. 40*).

waar dat nodig wordt geacht – beter dan het huidige verbodsstelsel. Het ligt dan voor de hand afscheid te nemen van de *a priori* beperkingen van het vigerende verbodsstelsel.³³

Die conceptuele benadering werpt tegelijkertijd de vraag op of het Wetsvoorstel ooit het *Staatsblad* zal halen. De laatste jaren zijn vanuit maatschappij en politiek steeds nadrukkelijker vraagtekens gezet bij de wenselijkheid van (gereguleerde) marktwerking in de zorg. Ook in de parlementaire documenten bij het Wetsvoorstel plaatsen het CDA en GroenLinks het Wetsvoorstel in de sleutel van verdere (gereguleerde) marktwerking in de zorg, om het van daaruit kritisch te bevragen.³⁴ Het is daarom niet zonder meer gezegd dat alleen een conceptueel beter passend stelsel voldoende (politieke) rechtvaardiging is voor een wetswijziging.

Bestaan er dan ook andere redenen voor de voorgestelde aanpassing van de Wmg? De NZa ziet in het Wetsvoorstel onder meer mogelijkheden om innovatieve zorg tegen een passende vergoeding en zorg op maat voor de patiënt te kunnen gaan leveren. De Minister deelt deze visie.³⁵ Het veld geeft evenwel aan op het gebied van innovatie weinig knelpunten te ervaren.³⁶ Te betwijfelen valt daarom of innovatie een doorslaggevend argument kan zijn voor het Wetsvoorstel.

Vraag is bovendien of het Wetsvoorstel na invoering direct (meer) maatwerk voor innovatieve zorg mogelijk maakt. Ervan uitgaande dat bij de beschrijving van welke sectoren wel en niet gereguleerd zijn voorlopig wordt aangesloten bij de huidige praktijk – met een algemene beschrijving van de sector of de aanspraak op grond van de Zvw of Wlz – zullen voor nieuwe behandelvormen prestatiebeschrijvingen verplicht blijven. Dat is lastig te rijmen met het standpunt van de Minister dat het aanvragen van een prestatiebeschrijving een van de hobbels voor zorginnovaties is³⁷ en de daaraan gerelateerde innovatiedoelstelling van het Wetsvoorstel.

Interessanter lijkt het om te kijken welke sectoren in aanmerking komen voor deregulering en welke winst daarmee zou zijn te behalen.

4.2. Criteria voor deregulering

Het Wetsvoorstel *an sich* brengt geen verandering voor de zorg(sectoren) mee, omdat in eerste instantie via ministeriële regelingen zal worden aangesloten bij de huidige situatie.³⁸ Alle ten tijde van de invoering het Wetsvoorstel bestaande prestatieregulering zal daarmee worden voortgezet.

33 De NZa schetste al in 2013 een mogelijkheid van vergaande deregulering door wetswijziging (*Advies Organisatie DBC-systematiek – Scheiden van publieke en private taken en verantwoordelijkheden: model voor 2015*, bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13*, 29248, 252).

34 *Kamerstukken II 2016/17*, 34445, 6, p. 32; *Kamerstukken II 2017/18*, 34445, 10, p. 11-12 en *Kamerstukken II 2017/18*, 34445, 12, p. 2.

35 *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, 3, p. 9-10.

36 'Advies Uitvoeringstoets experimenten vrije prestaties – Ruimte voor vrije prestaties in de bekostiging', bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 31765, 243, p. 12 en 44.

37 *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, 3, p. 11.

38 *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, 3, p. 4.

Vervolgens zal stapsgewijs worden verkend welke zorgvormen kunnen worden gedereguleerd. In de nota naar aanleiding van het nader verslag wordt voor de fictieve zorgsector X het volgende pad naar vrije prestaties uitgewerkt:³⁹

- Sector X is volgens een analyse van de NZa geschikt om te experimenteren met vrije prestaties.
- Er bestaat draagvlak bij zorgaanbieders, verzekeraars, patiënten/cliënten.
- Er wordt gestart met een experiment (maximaal vijf jaar).
- Het parlement is via een voorhangprocedure betrokken bij de totstandkoming van het experiment.
- In het experiment voor Sector X kan bijvoorbeeld iets worden opgenomen over de reikwijdte van het experiment, welk (maximaal) aantal zorgaanbieders en zorgverzekeraars meedoen, een regionale beperking en/of dat het experiment na een positieve evaluatie wordt uitgerold naar andere zorgaanbieders, verzekeraars en/of regio's.
- Na een positieve evaluatie van het experiment kan worden besloten tot het definitief vrijlaten van de prestaties.

4.3. Geschikte sectoren – care en medisch specialistische zorg niet geschikt

Het eerste criterium op het pad naar vrije prestaties is dus dat een sector 'geschikt' moet zijn om te experimenteren met vrije prestaties. Hierbij is relevant dat de Minister in eerste instantie het oog heeft op deregulering van delen van de cure en mogelijke innovatie in de care,⁴⁰ waarbij er geen voornemens bestaan om vrije prestaties in te voeren binnen de medisch specialistische zorg.⁴¹ De Minister lijkt de care dus geen 'geschikte' sector voor deregulering te vinden. Dat sluit goed aan bij de conclusie van AEF dat de prestatie- en tariefregulering juist in de care – als enige sector – goed functioneert en er daarom geen reden is om in te grijpen. Het in aanvulling op de prestatie- en tariefregulering faciliteren van innovatie past bij de doelstelling die de Minister met het Wetsvoorstel heeft. Hoe dat vorm zou moeten krijgen, is nog niet duidelijk.

De constatering van de Minister dat vrije prestaties voor medisch specialistische zorg voorlopig niet aan de orde zijn, is lastiger te duiden in het licht van het AEF-rapport. Aangenomen dat hij Zvw-verzekerde medisch specialistische zorg bedoelt,⁴² is juist dit een sector waarvan AEF concludeert dat de meerwaarde van prestatieregulering beperkt is. De reden daarvoor is dat onderhandelingen over de in- en verkoop van medisch specialistische zorg in de praktijk eerst plaatsvinden over een omzetplafond, en pas daarna over individuele prestaties en de prijzen daarvoor. De gecontracteerde prijzen zijn daarbij vaak een rekenfactor om prijs maal volume aan te laten sluiten bij het overeengekomen omzetplafond. Er is slechts beperkt een relatie met de kostprijs, wat leidt tot willekeurige en sterk uiteenlopende prijzen.⁴³ Aangezien voor een belangrijk deel van de medisch specialistische zorg

39 *Kamerstukken II 2017/18*, 34445, 10, p. 17.

40 *Kamerstukken II 2015/16*, 34445, 3, p. 13.

41 *Kamerstukken II 2016/17*, 34445, 6, p. 60.

42 Dus niet privaat bekostigde.

43 R. Douven, M. Burger & E. Schut, *Does managed competition constrain hospitals' contract prices? Evidence from the Netherlands*, CPB Discussion Paper 378, maart 2018, p. 12.

bovendien al geen sprake is van tariefregulering, zou opheffen van prestatieregulering zo bezien een relatief kleine stap zijn.

Daar staat tegenover dat de NZa in 2016 met het veld afspraken heeft gemaakt om de DOT-systematiek tot 2020 alleen aan te passen als dat strikt noodzakelijk is.⁴⁴ Die behoefte aan regelrust is te verklaren, aangezien in 2012 het B-segment met vrije prijzen fors is uitgebreid, de budgetfinanciering is afgeschaft én de DBC-systematiek ingrijpend is gewijzigd. In 2015 zijn nog eens de doorlooptijden van DBC's verkort en de honorariumtarieven van medisch specialisten geïntegreerd in het tarief. Door deze snel opvolgende, ingrijpende wijzigingen is het voor ziekenhuizen lastig geweest kostprijzen te bepalen en voor zorgverzekeraars om op productniveau tegen een reëel tarief⁴⁵ in te kopen.⁴⁶ Ons beeld is dat evenwel in toenemende mate reële tarieven lijken te worden gecontracteerd, wat erop wijst dat de in 2016 afgesproken regelrust vruchten afwerpt.⁴⁷

Gelet op de door het veld gewenste regelrust en het feit dat die regelrust in de praktijk lijkt te zorgen dat vaker en beter op productniveau afspraken worden gemaakt, is het goed verklaarbaar dat de Minister dit proces niet wil doorkruisen en prestatieregulering voor medisch specialistische zorg voorlopig handhaaft.

Dat leidt echter wel tot de wat opmerkelijke constatering dat de Minister door deze – in elk geval in omvang – belangrijke sector de tijd te gunnen, tegelijkertijd nut en noodzaak van het Wetsvoorstel ondermijnt. Prestatieregulering heeft volgens AEF immers vooral geen toegevoegde waarde in de medisch specialistische zorg omdat niet op productniveau wordt gecontracteerd. De DOT-systematiek zou daarom als onderhandelingstaal kunnen worden gemist. Het lijkt goed mogelijk dat die constatering over enkele jaren geen opgeld meer doet. Dan zou er alle reden zijn de DOT-systematiek als onderhandelingstaal te handhaven. We merken daarbij overigens op dat de NZa de mogelijkheid ziet om het onderhoud van de DOT-systematiek over te dragen aan het veld.⁴⁸ In dat geval zou de wettelijke grondslag voor prestatieregulering kunnen vervallen, maar niet om de redenen uit het AEF-rapport.

4.4. Geschikte sectoren – andere sectoren hebben eerst vrije tarieven nodig

Zijn andere sectoren dan de care en medisch specialistische zorg wel geschikt voor een experiment met vrije prestaties?

Te denken valt bijvoorbeeld aan andere tweedelijnssectoren, zoals de gespecialiseerde GGZ of revalidatiezorg. Deze sectoren kennen maximumtarieven. De stap naar vrije pres-

44 NZa beleidsregel Toetsingskader dbc-systeem (BR/REG-18121) en bijbehorende circulaire met kenmerk CI/16/45c.

45 Met reëel wordt bedoeld dat de prijs niet alleen rekenfactor voor het omzetplafond is, maar bestaat uit een prijs die voorziet in de (gemiddelde) kostprijs van het product in de markt en een marge.

46 Zie ook: H. Keuzenkamp, 'De ziekenhuisbekostiging gefileerd', in: F.T. Schut en M. Varkevisser (red.), *Een economisch gezonde gezondheidszorg* (KVS Preadviezen) Den Haag: Sdu Uitgevers 2012, p. 201-216.

47 Ook bijvoorbeeld het feit dat in het MSZ-zorginkoopbeleid 2018 van Zilveren Kruis expliciet de doelstelling staat om reële prijzen te contracteren, wijst hierop.

48 'Advies Organisatie DBC-systematiek – Scheiden van publieke en private taken en verantwoordelijkheden: model voor 2015', bijlage bij *Kamerstukken II 2012/13, 29248, 252*.

taties (en tarieven) is daar dus groter dan voor de medisch specialistische zorg. In de eerste lijn is dat grotendeels niet anders: huisartsen zijn voor een belangrijk deel van hun zorgverlening gebonden aan prestaties met maximumtarieven. Verder is een experiment om vrije tarieven voor mondzorg in te voeren onder (politieke) druk snel beëindigd.⁴⁹

Het eerste criterium op het pad naar vrije prestaties – of een sector geschikt is voor een experiment met vrije prestaties – lijkt zich zodoende ten dele te vernauwen tot de vraag voor welke sectoren de tariefregulering is, of op termijn kan worden, vrijgegeven. De NZa liet zich daar de afgelopen jaren meerdere malen over uit.⁵⁰ Daarbij hanteerde zij op hoofdlijnen de volgende criteria:

- ‘Voldoende contracteergraad of voldoende prikkel voor consumenten om goed in te kopen.
- Voldoende aanbieders, geen toetredingsdrempels, geen verkoopmacht.
- Voldoende overstapmogelijkheden voor consumenten.
- Kans op negatieve externe effecten (keteneffecten, poortwachtersfunctie, volume-effecten, risico-selectie) beperkt of goed te mitigeren.’⁵¹

Betwijfeld kan worden of deze criteria mogelijkheden bieden om de komende jaren de tariefregulering in andere sectoren (verder) af te bouwen.

Verder leidt het experiment met mondzorg tot de verwachting dat deregulering al snel op maatschappelijke en politieke weerstand zal stuiten. Een gereguleerde markt zal bij vrijgave van prijsvorming in het algemeen naar een nieuw prijsevenwicht bewegen. Daarbij zijn tijdelijke stijgingen te verwachten en zelfs een hoger prijsevenwicht in geval van schaarste, onder meer van personeel.⁵² Juist voor tekorten aan zorgpersoneel wordt de afgelopen tijd steeds meer aandacht gevraagd.

Te betwijfelen valt of politiek en maatschappij sectoren met maximumtarieven, zoals de GGZ, huisartsenzorg en mondzorg, de tijd gunnen een nieuw prijsevenwicht te vinden in combinatie met daaraan te verwachten gekoppelde (tijdelijke en mogelijk permanente) prijsstijging.

4.5. Geschikte sectoren – eerstelijnszorg en niet verzekerde zorg

Andere eerstelijnszorg zoals orthoptie, podotherapie, huidtherapie en optometrie, is al uitgezonderd van de werkingssfeer van de Wmg.⁵³ Verder gelden reeds vrije tarieven voor paramedische zorg zoals fysiotherapie, oefentherapie en diëtiëk. De NZa vond deze laatste

49 *Kamerstukken II* 2011/12, 32620, 68 en *Handelingen II* 2011/12, 105.

50 In loop der jaren onder meer Visiedocument Theoretisch kader liberalisering vrije beroepen in de zorg (2007), Signalering Deregulering eerstelijns zorgmarkten (2014) en Advies Uitvoeringstoets experimenten vrije prestaties (2016).

51 ‘Advies Regulering ergotherapie’, bijlage bij *Kamerstukken II* 2014/15, 29538, 192, p. 21.

52 I. Groot, H.A. Keuzenkamp, J. van Seters, & J.J.M. Theeuwes, *Concurrentie tussen huisartsen doorgeprikt*, Amsterdam: SEO 2003.

53 Art. 3 lid 1 sub h, i, k en l Besluit uitbreiding en beperking werkingssfeer WMG.

sectoren in 2016 geschikt voor een experiment met vrije prestaties.⁵⁴ Hetzelfde geldt voor extramurale farmacie.⁵⁵

Dan is er nog de niet verzekerde zorg zoals bijvoorbeeld cosmetische chirurgie en arbo-geneeskunde. In deze sectoren wordt (volgens AEF)⁵⁶ de prestatie- en tariefregulering nu al niet altijd goed nageleefd, wat de NZa in ieder geval voor de cosmetische chirurgie expliciet gedooft.⁵⁷ Deregulering van prestaties – en voor zover nog aan de orde tarieven – zou daarom leiden tot meer rechtszekerheid. Bovendien zorgt deregulering voor een *level-playing field* voor alle aanbieders van niet verzekerde zorg. Dat is met name van belang voor zorgaanbieders die nu wel voldoen aan prestatie- en tariefregulering. We merken daarbij op dat de huidige Wmg al de mogelijkheid bevat om zorgvormen uit te zonderen van een deel van de Wmg⁵⁸ en te experimenteren met deregulering.⁵⁹

4.6. Draagvlak

Het tweede criterium op het pad naar vrije prestaties is het bestaan van voldoende draagvlak. Dat draagvlak is op dit moment gering.

Zo voorziet Zorgverzekeraars Nederland (ZN) problemen met rechtmatige uitvoering van de verzekeringen door 'een radicaal andere ordening van gezondheidszorg onder de Wmg'.⁶⁰ ZN verwacht in het bijzonder problemen door het wegvallen van gemeenschappelijke standaarden voor registratie en declaratie. Daardoor wordt het controleren van rechtmatigheid moeilijk. Ook verwacht ZN problemen bij het functioneren van de risicoverevening.⁶¹ Dat lijken ons terechte zorgen, maar tegelijkertijd komen die in de uitvoering niet onoplosbaar voor.

Het draagvlak onder brancheverenigingen voor beroepsbeoefenaren in de eerste lijn, in het bijzonder fysiotherapie, oefentherapie, diëtisten en farmacie, is in 2016 al eens door de NZa onderzocht. De uitkomst was dat er weinig draagvlak bestaat voor deregulering. Er is wel interesse in regionale experimenten en mogelijkheden om schotten tussen sectoren weg te nemen. In de cosmetische zorg zijn de wetenschappelijke verenigingen en brancheverenigingen voor ZBC's en ziekenhuizen wel voorstander van een experiment met vrije

54 'Advies Uitvoeringstoets experimenten vrije prestaties – Ruimte voor vrije prestaties in de bekostiging', bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 31765, 24, p. 19-20.

55 'Advies Uitvoeringstoets experimenten vrije prestaties – Ruimte voor vrije prestaties in de bekostiging', bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 31765, 24, p. 18.

56 'Ordening en toezicht in de zorg, Evaluatie van de Wet Marktordering Gezondheidszorg (WMG) en de Nederlandse Zorgautoriteit', bijlage bij *Kamerstukken II 2013/14*, 25268, 87, p. 66.

57 'Advies Uitvoeringstoets experimenten vrije prestaties – Ruimte voor vrije prestaties in de bekostiging', bijlage bij *Kamerstukken II 2016/17*, 31765, 24, p. 21.

58 Art. 2 lid 2 Wmg jo. Besluit uitbreiding en beperking werkingssfeer WMG.

59 Art. 58 Wmg.

60 Brief van 6 juni 2018 van Zorgverzekeraars Nederland aan Vaste Commissie VWS Tweede Kamer der Staten-Generaal (kenmerk FS-18-220).

61 De risicoverevening houdt rekening met onder meer de zogenoemde farmaciekostengroepen (FKG), diagnosekostengroepen (DKG) en hulpmiddelenkostengroepen (HKG). Samengevat houdt de risicoverevening voor deze groepen in dat het gebruik door verzekerden in eerdere jaren wordt gebruikt als voorspellende waarde voor de zorgkosten in komende jaren. Het gebruik in eerdere jaren wordt bepaald door te kijken naar declaratiegegevens waarop nu prestatieregulering van toepassing is.

prestaties.⁶² In reactie op de consultatieversie van het Wetsvoorstel ging bij de diverse brancheverenigingen voor beroepsbeoefenaars de vlag niet uit.⁶³

Vanuit patiëntenorganisaties was er in 2016 ook weinig enthousiasme. Zij voorzien problemen met informatie-asymmetrie, transparantie en kwaliteit. Experimenten op kleine schaal worden wel als optie gezien.⁶⁴ De consultatieversie van het Wetsvoorstel was voor diverse patiëntenorganisaties evenmin reden tot veel enthousiasme.⁶⁵

Diverse overheidsinstanties staan niet per se negatief tegenover het Wetsvoorstel. Zo vindt de NZa het Wetsvoorstel in principe uitvoerbaar, maar merkt daarbij – terecht – op dat de uitvoerbaarheid met name zal afhangen van de inhoud van de ministeriële regelingen.⁶⁶ Zorginstituut Nederland wijst erop dat meer ruimte voor innovatie om vergroting van transparantie vraagt en doet daarvoor een aantal aanbevelingen.⁶⁷

De Minister merkt over het huidige, beperkte draagvlak op dat er vanuit innovatieve zorgaanbieders positieve signalen worden ontvangen en dat ‘de experimenten juist [zijn] bedoeld om dit [draagvlak] te onderzoeken’.⁶⁸ Die constatering lijkt ons juist. Inherent aan een experiment is dat effecten van een maatregel kunnen worden bestudeerd. De tot nu toe uit het veld geuite zorgen zouden geen showstopper voor een experiment moeten zijn. Als na afronding van het experiment nog altijd draagvlak ontbreekt, moet dat gelet op de geformuleerde criteria te zijner tijd bij besluitvorming over definitieve deregulering worden betrokken.

4.7. Overige criteria

Van de resterende drie criteria op het pad naar vrije prestaties behoeft alleen de voorhangprocedure hier kort bespreking.⁶⁹

Op dit moment moet voor het starten van een experiment met vrije prestaties als bedoeld in artikel 58 Wmg de voorhangprocedure uit artikel 8 Wmg worden gevolgd.⁷⁰ Die procedure houdt in dat de zakelijke inhoud van het voorgenomen experimentbesluit schriftelijk wordt medegedeeld aan de Eerste en Tweede Kamer, waarbij het besluit pas wordt vastgesteld als dertig dagen zijn verstreken na die mededeling. Het Wetsvoorstel bepaalt dat voor een experiment het ontwerp van de ministeriële regeling vier weken vooraf aan beide Kamers moet worden overgelegd.⁷¹ Het toezicht vanuit de Staten-Generaal op de markt-

62 ‘Advies Uitvoeringstoets experimenten vrije prestaties – Ruimte voor vrije prestaties in de bekostiging’, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 31765, 24, p. 22-24.

63 *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, 3, p. 36-42.

64 ‘Advies Uitvoeringstoets experimenten vrije prestaties – Ruimte voor vrije prestaties in de bekostiging’, bijlage bij *Kamerstukken II* 2016/17, 31765, 24, p. 24-25.

65 *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, 3, p. 32-35.

66 *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, 3, p. 29.

67 *Kamerstukken II* 2015/16, 34445, 3, p. 29.

68 *Kamerstukken II* 2017/18, 34445, 10, p. 16.

69 De andere twee criteria zien op de reikwijdte van het experiment en evaluatie daarvan. Beide criteria zullen zodoende moeten worden beoordeeld op basis van concrete experimenten.

70 Art. 59, aanhef en sub f Wmg.

71 Art. 126a (nieuw) Wmg jo. art. 50 lid 8 (nieuw) Wmg.

gulering in de zorg wordt daarmee formeel iets uitgebreider, omdat niet langer kan worden volstaan met de zakelijke inhoud van het experiment.

5. Afsluitend

Het Wetsvoorstel leidt tot gemengde gevoelens. Conceptueel is het een wenselijke stap voorwaarts. De Wmg zal beter aansluiten bij de – nog altijd beoogde – marktwerking in de zorg waarbij regulering alleen wordt ingezet om marktfalen te redresseren.

De grote vraag is of er de komende jaren enig praktisch nut van het Wetsvoorstel kan worden verwacht. We zien vooralsnog weinig sectoren die in aanmerking komen voor (een experiment met) vrije prestaties. Bovendien is de belangrijkste kanshebber voor (een experiment met) vrije prestaties de niet verzekerde zorg, die vanuit maatschappelijk perspectief minder relevant is. Omdat de Wmg al de mogelijkheid biedt te experimenteren met vrije prestaties en zorgvormen uit te zonderen van een deel van de Wmg, lijkt het Wetsvoorstel een kanon dat gericht is op een mug.

Het contrast tussen conceptueel een stap voorwaarts en (vermoedelijk) praktisch beperkt van nut, maakt de vraag naar de wenselijkheid van de invoering van het Wetsvoorstel uiteindelijk een beleidsmatige: vraagt regelrust om temporiseren of is juist een krachtig signaal nodig naar verdere deregulering? Voor dat laatste valt volgens ons wel wat te zeggen, aangezien het vroeg afgebroken experiment met vrije tarieven voor mondzorg heeft laten zien dat de weg van geleidelijkheid bij deregulering politieke koudwatervrees in de hand kan werken.

Welke weg uiteindelijk ook wordt gekozen, één ding is zeker: de NZa krijgt het druk de komende jaren, aangezien zij nu al het nodige werk te verzetten heeft bij onder meer het verkrijgen van adequate kostprijnsinformatie, onderbouwing van maximumtarieven en invoering van vrije tarieven.⁷² Stapsgewijze verkenningen om zorgsectoren te dereguleren, zullen die werklast zeker niet minder maken.

72 CBb 19 april 2016, ECLI:NL:CBB:2016:101 en CBb 18 september 2017, ECLI:NL:CBB:2017:310.