



## Juridische contra-analyse van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten

Uitgevoerd in opdracht van de Federatie Medisch Specialisten

7 juli 2021

mr. dr. W.I. (Wouter) Koelewijn  
mr. drs. S. (Sebastiaan) Garvelink  
mr. dr. R.M. (Roland) Bertens  
mr. drs. F.P. (Freeke) Heijne  
mr. M.C. (Greetje) van Heezik  
mr. H. (Huib) Lebbing



**HOUTHOFF**

## Managementsamenvatting

Deze rapportage is een juridische contra-analyse van het door AKD in opdracht van de Vaste Tweede Kamercommissie voor VWS uitgevoerde juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar dienstverband.<sup>1</sup> In haar rapport concludeert AKD - kort samengevat - dat 1) de invoering van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten vrijberoepsbeoefenaren juridisch haalbaar lijkt, 2) dat de nieuwe Wet toetreding zorgaanbieders het meest voor de hand liggende wettelijke kader vormt om een verplicht dienstverband te realiseren en 3) dat de schadeplichtigheid van de overheid in verband met goodwillverlies naar verwachting beperkt zal zijn.

Na toetsing van de onderliggende analyses en bevindingen komen wij in ons onderzoek tot de hoofdconclusie dat een verplicht dienstverband van medisch specialisten vrijberoepsbeoefenaren onverenigbaar is met het Unierecht. Er ontbreekt (gedegen) onderzoek naar nut, noodzaak en effecten van een verplicht dienstverband. Daarbij achten wij het aannemelijk dat de nagestreefde doelstellingen van het verder versterken van de belangenparalleliteit, gelijkgerichtheid en bestuurbaarheid van de ziekenhuizen zo nodig ook met minder ingrijpende maatregelen gerealiseerd kan worden. Reeds daarop stuit de juridische haalbaarheid van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten vrijberoepsbeoefenaren af. Een verplicht dienstverband leidt daarmee immers tot een ongerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten zoals die zijn vastgelegd in artikelen 47 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Daarnaast vormt een verplicht dienstverband ook een ongerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van ondernemerschap dat is geborgd in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Het beperken van deze fundamentele Europese verdragsrechten door lidstaten is uitsluitend mogelijk wanneer de noodzaak van deze beperkingen toereikend kan worden onderbouwd en de beperkingen in een evenredige verhouding staan tot het doel dat daarmee door een lidstaat wordt nagestreefd. Tot op heden ontbreekt er evenwel gedegen onderzoek waaruit blijkt dat de beëindiging van het vrije beroep en een verplicht dienstverband voor medisch specialisten noodzakelijk zijn om de algemene doelstellingen van gelijkgerichtheid, bestuurbaarheid en kostenbeheersing van de ziekenhuiszorg te realiseren.

Wij constateren voorts dat in de afgelopen jaren door opeenvolgende wetgevingsmaatregelen de ongewenste inkomens- en volumeprykkels voor medisch specialisten vrij beroepsbeoefenaren vrijwel geheel uit het bekostigingssysteem zijn geëlimineerd. Dat wordt ook bevestigd door recent onderzoek van de NZa waaruit blijkt dat anno 2021 reeds op grote schaal financiële belangenparalleliteit tussen

---

1. 'Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar dienstverband', AKD advocaten en notarissen, 21 april 2021.

ziekenhuizen en medisch specialistische bedrijven is gerealiseerd.<sup>2</sup> Dat bevestigt onze conclusie dat in de huidige juridische samenwerkingsstructuren tussen ziekenhuizen en medisch specialistische bedrijven inmiddels sprake is van vergaande 'geïstitutionaliseerde gelijkgerichtheid' en vergaande 'geïstitutionaliseerde belangenparalleliteit'.

Voorts delen wij niet de conclusie van AKD dat, indien al zou moeten worden aangenomen dat een verplicht dienstverband voor medisch specialisten niet in strijd zou komen met het Europese recht, een verplicht dienstverband relatief eenvoudig kan worden gerealiseerd via een wijziging van de aankomende Wet toetreding zorgaanbieders (WTZa). Deze wetgevingsroute is naar ons oordeel nog onvoldoende doordacht en stuit op een veelheid van juridische uitvoeringsvraagstukken die de haalbaarheid van deze wetgevingsroute ons inziens op losse schroeven zet. Ook een aanpassing van de WNT is naar ons oordeel ongeschikt voor het creëren van een juridische grondslag voor een verplicht dienstverband voor medisch specialisten. Voor deze beide beleidsopties geldt dat er gedegen onderzoek en onderbouwing ontbreekt voor het matigen van de bezoldiging van niet-topfunctionarissen zodat medisch specialisten niet zonder meer onder de reikwijdte van de WNT kunnen worden gebracht.

Tot slot constateren wij op basis van onze juridische analyse dat de invoering van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten vrij beroepsbeoefenaren, anders dan AKD concludeert, wel degelijk een schending vormt van het eigendomsrecht dat wordt beschermd door artikel 1 Eerste protocol bij het EVRM en artikel 17 Handvest. Het op grond van deze bepalingen beschermde eigendom van een medisch specialistische praktijk bestaat onder meer uit concrete vermogensbestanddelen zoals patiënten- en relatiebestanden. Aangezien een verplicht dienstverband het vrije genot op deze eigendommen geheel ontnemt, zal naar ons oordeel in dat geval sprake zijn van 'ontneming' van deze eigendommen door de overheid en zal de overheid de schade die daardoor ontstaat moeten compenseren.

---

2. 'Monitor MSZ 2020-2021, Onderzoek naar gelijkgerichtheid en financiële prikkels', Nederlandse Zorgautoriteit, 3 juni 2021.

## Inhoudsopgave

1.	Algemeen: opzet en uitgangspunten .....	5
1.1.	Inleiding .....	5
1.2.	Het Nederlandse zorgstelsel.....	5
1.3.	Het Unierecht .....	6
1.4.	Verantwoording.....	8
1.5.	Leeswijzer .....	8
2.	Europeesrechtelijke belemmeringen .....	9
2.1.	Vrijheid van vestiging en vrij verkeer van diensten .....	9
2.1.1.	Doelmatigheid verplicht dienstverband voor medisch specialisten .....	10
2.1.2.	Geschiktheid .....	11
2.1.3.	Proportionaliteit .....	14
2.2.	Vrijheid van ondernemerschap .....	15
2.3.	Conclusie .....	16
3.	Rechtspositie van de vrijgevestigde medisch specialist .....	18
3.1.	Het tijdperk van de Toelatingsovereenkomst .....	18
3.2.	De integrale bekostiging en het ontstaan van de medisch specialistische bedrijven .....	20
3.3.	Conclusie .....	23
4.	Gelijkgerichtheid en kostenbeheersing.....	24
4.1.	Geinstitutionaliseerde gelijkgerichtheid en belangenparallelliteit .....	24
4.2.	Enkele reflecties op de kostenbeheersingsanalyse.....	27
4.3.	Conclusie .....	29
5.	Nadere analyse wettelijke mogelijkheden .....	30
5.1.	De juridische haalbaarheid van de WTZa als wetgevingsroute.....	30
5.2.	Analyse van de mogelijkheden onder de WNT .....	33
5.3.	Conclusie .....	36
6.	Goodwill en schadeplicht .....	37
6.1.	Praktijkaandelen en goodwillwaarde .....	37
6.2.	Het recht op bescherming van de eigendom .....	39
6.3.	Conclusie .....	42
7.	Conclusies.....	43

## **1. Algemeen: opzet en uitgangspunten**

### **1.1. Inleiding**

In 2020 verschenen de rapporten 'Naar een toekomstbestendig zorgstelsel'<sup>3</sup> en 'Zorgkeuzes in Kaart'<sup>4</sup>, waarin een verplicht dienstverband voor alle medisch specialisten als beleidsoptie wordt voorgesteld. De vaste commissie Volksgezondheid, Welzijn en Sport van de Tweede Kamer heeft mede naar aanleiding van de beide rapporten advocatenkantoor AKD opdracht gegeven om een juridische analyse te maken van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten.

Op 8 april 2021 heeft AKD haar bevindingen gepubliceerd onder de titel 'Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar dienstverband' (hierna: AKD-Rapport). Hoewel het AKD-Rapport op onderdelen aangeeft dat nadere analyse nodig is, achten de auteurs een dergelijke overstap in beginsel mogelijk en schetsen zij hoe een dergelijke overstap juridisch vorm zou kunnen krijgen. AKD baseert zich daarbij op een bureau-analyse en geanonimiseerde gesprekken die AKD heeft gevoerd met 22 (oud) ziekenhuisbestuurders en (vertegenwoordigers) van medisch specialisten.

De Federatie Medisch Specialisten heeft aan VBK en Houthoff gevraagd om de analyse en conclusies van het AKD-Rapport te toetsen. Het resultaat is de voorliggende rapportage. In deze inleiding geven wij een toelichting op de uitgangspunten voor dit onderzoek en staan wij stil bij twee relevante kaders: het Nederlandse zorgstelsel en het Europese Unierecht.

### **1.2. Het Nederlandse zorgstelsel**

In 2006 is door de overheid gekozen voor een zekere mate van marktwerking in de gezondheidszorg als geheel. In plaats van regie van bovenaf werd gekozen voor een vraag-gestuurd stelsel waarbij de patiënt centraal stond. Die patiënt kreeg via een voor iedereen toegankelijke, verplichte basisverzekering toegang tot een markt waar zorgaanbieders concurreerden om de gunst van de patiënt uitsluitend door het bieden van de best mogelijke kwaliteit. Het afrekenen gebeurde met de zorgverzekeraar. De NZa werd marktmeester.

De overheid deed dus een stap terug en droeg een aantal taken op het gebied van de volksgezondheid over aan private partijen, waaronder de zorginstelling. Het bestuur van de zorginstelling kreeg de verantwoordelijkheid voor de uitoefening van die taken. Het was de bedoeling dat zorginstellingen risicodragende ondernemingen werden die aan patiënten in Nederland goede, toegankelijke en betaalbare zorg leverden.

---

3. Kamerstukken II 2019/20, 32 359, nr. 4.

4. 'Zorgkeuzes in kaart: Analyse van beleidsopties van politieke partijen voor de zorg', Centraal Planbureau, Ministeries van VWS en Financiën, juli 2020.



De introductie van de integrale bekostiging in 2015 heeft die eigen verantwoordelijkheid van zorginstellingen (en overigens ook aansprakelijkheid) verder ingekleed. Zorginstellingen hebben daarmee de mogelijkheid en bevoegdheden om de organisatie naar eigen inzicht in te richten. Ondernemerschap in de zorg is dus breder dan het ondernemerschap binnen de medisch specialistische bedrijven (hierna: MSB's), maar geldt voor alle zorginstellingen, waaronder de overkoepelende zorginstellingen zoals traditionele ziekenhuizen, waarbinnen MSB's werkzaam kunnen zijn, maar ook andere instellingen die hoofdzakelijk medisch specialistische zorg bieden op basis van de zorgverzekeringswet, zoals ZBC's.

De introductie van marktwerking betekent evenwel niet dat de zorgsector niet is gereguleerd. Integendeel. De overheid draagt zogeheten 'systeemverantwoordelijkheid'. Met oog op de bescherming van de volksgezondheid, waaronder het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel, zijn verschillende toezichtinstrumenten opgetuigd. Binnen een uitgebreid en ook complex samenstel van regels bestaan verschillende mogelijkheden om te sturen op de kwaliteit, betaalbaarheid en beschikbaarheid van de zorg. Om dit instrumentarium verder uit te breiden zal steeds moeten worden gekeken naar de nut, noodzaak en effecten van die regelingen. Dat geldt te meer voor zover de voorgenomen regulering inbreuk maakt op Europese en internationale rechten en verplichtingen.

### **1.3. Het Unierecht**

De kwestie waarover de Tweede Kamer advies heeft gevraagd betreft het beëindigen van de keuzevrijheid van medisch specialisten om werkzaam te zijn als vrij beroepsbeoefenaar of juist in dienstverband. Wij stellen in onze analyse allereerst de voorvraag of het Unierecht – gelet op de vrijheid van vestiging, de vrijheid van diensten en de vrijheid van ondernemerschap – de ruimte biedt voor dergelijk ingrijpend overheidsoptreden. Het antwoord daarop is wat ons betreft ontkennend, bovenal omdat (gedegen) onderzoek naar nut, noodzaak en effecten ontbreekt, en het nationale recht waarvan deze beperkende maatregel deel zou uitmaken, het betrokken doel niet 'coherent en systematisch' nastreeft. In hetgeen het AKD-Rapport hierover opmerkt kan die rechtvaardiging ook niet worden gevonden. Daarnaast onderkent ook dat Rapport ook dat gedegen onderzoek ontbreekt naar de mogelijkheid om het doel met minder ingrijpende maatregelen te realiseren.

Wij menen dat het beantwoorden van deze voorvraag cruciaal is en het zwaartepunt dient te vormen van de analyse met betrekking tot de juridische haalbaarheid van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten. Hierin verschilt onze benadering wezenlijk. Het AKD-Rapport beantwoordt eerst de vragen hoe het verplicht dienstverband geregeld kan worden en creëert daarmee in feite al een 'roadmap' vóórdat de fundamentele vraag naar de verenigbaarheid met het Unierecht aan bod komt. Het is, om in het beeld te blijven, noodzakelijk eerst eventuele 'roadblocks' in kaart te brengen.

In aansluiting daarop merken wij op dat regelgeving ten aanzien van het verplicht dienstverband voor medisch specialisten niet alleen de traditionele ziekenhuizen raakt, maar in beginsel alle zorginstellingen die gebruik maken van vrijgevestigd medisch specialisten, waaronder zelfstandige behandelcentra.<sup>5</sup> De impact van het verplicht dienstverband voor medisch specialisten gaat daarmee aanzienlijk verder dan in het AKD-Rapport wordt gesuggereerd. Ook heeft het verplichte dienstverband vergaande consequenties voor zzp'ers die thans door zorginstellingen als waarnemend zzp'er worden ingeschakeld, bijvoorbeeld in geval van arbeidsongeschiktheid of zwangerschap van vaste werknemers, en op deze wijze een belangrijke rol vervullen bij de continuïteit van de zorg. Na invoering van het verplichte dienstverband zijn zorginstellingen aangewezen op het personeel van andere zorginstellingen voor de tijdelijke vervanging van specialisten.

Het AKD-Rapport noemt slechts twee doelstellingen die naar verwachting door een verplicht dienstverband zouden kunnen worden bereikt: (i) het vergroten van de gelijkgerichtheid in en daarmee de bestuurbaarheid van het ziekenhuis; en (ii) het beheersen/besparen van kosten door het wegnemen van een productieprikkel bij de vrijgevestigde medisch specialist. Of dit ook speelt bij andere zorginstellingen met medisch specialisten dan de traditionele ziekenhuizen, blijft in het AKD-Rapport buiten beschouwing. Evenzo de impact die het eventueel verplicht dienstverband heeft op de zelfstandigheid van het bestuur van de zorginstelling.

Voor zover in de politiek, bij enkele bestuurders en mogelijk in de maatschappij de indruk bestaat dat de bestuurbaarheid en de kostenbeheersing in de zorg (en meer specifiek in het ziekenhuis) verbeterd moet worden dan ligt voor de hand dat eerst de aard en omvang van het probleem worden onderzocht en pas daarna de mogelijke oplossingsrichtingen. Juist omdat bestuurbaarheid en kostenbeheersing in de eerste plaats vanuit het ondernemersbeginsel een interne aangelegenheid zijn, dienen eerst de bestaande wettelijke kaders te worden benut om hierin verbeteringen aan te brengen.

Als zou blijken dat er een probleem met de bestuurbaarheid is dat vraagt om actief overheidsingrijpen, dan ligt het voor de hand dat de wetgever eerst de bestaande wettelijke mogelijkheden verder onderzoekt en concretiseert om uit te vinden of er ook minder ingrijpende maatregelen bestaan of te ontwikkelen zijn behalve de invoering van een 'aardverschuiving' als het verplicht dienstverband voor medisch specialisten. Daarvan zijn de gevolgen immers niet te overzien, terwijl het Unierecht (het recht van de Europese Unie) de wetgever tot dergelijk onderzoek hoe dan ook dwingt.

---

5. Overigens is niet uitgesloten dat de geschetste problematiek ook speelt bij zorginstellingen waar andere dan medisch specialisten werkzaam zijn. Eventuele precedentwerking moet daarom door de overheid in ogenschouw worden genomen bij het onderzoek naar de effecten van een eventueel verplicht dienstverband van medisch specialisten.

#### **1.4. Verantwoording**

Deze rapportage biedt een juridische (contra-)analyse, uitgevoerd op basis van een literatuur- en jurisprudentieonderzoek. De rapportage is een analyse op hoofdlijnen en wij volgen in zoverre ook AKD in haar nuancering dat de rechtsverhoudingen van ziekenhuizen en vrijgevestigde medisch specialisten lokaal kunnen verschillen en dat een nauwkeurige en diepgaande juridische analyse van de juridische mogelijkheden en effecten uitsluitend mogelijk zal zijn op basis gedetailleerde juridische informatie over de lokale rechtsverhoudingen. Een dergelijke analyse valt evenwel buiten de reikwijdte van deze opdracht.

Wij merken tot slot op dat besluitvorming niet uitsluitend gebaseerd kan zijn op een juridische analyse maar dat bij een onderzoek naar het nut, de noodzaak en de effecten van nieuwe wetgeving ook andere dan juridische aspecten inzichtelijk moeten worden gemaakt.

#### **1.5. Leeswijzer**

Deze rapportage gaat allereerst in op de Europeesrechtelijke belemmeringen voor de voorgestelde wetswijziging (hoofdstuk 2). Daarna wordt de rechtspositie van de vrijgevestigd medisch specialist geschetst aan de hand van de historische ontwikkeling (hoofdstuk 3). Daarop aansluitend volgt een reflectie op de doelstellingen van gelijkgerichtheid en kostenbeheersing en het middel van dienstverband om dat te bereiken (hoofdstuk 4). Het AKD-Rapport ziet mogelijkheden om de overgang naar dienstverband te verplichten door aanpassing van de Wtza en de WNT. Wij voorzien deze mogelijkheden van commentaar (hoofdstuk 5) en staan tenslotte stil bij de vraag of bij de overgang naar dienstverband een verplichting ontstaat om medisch specialisten te compenseren voor het verlies van goodwill (hoofdstuk 6). Wij ronden af met enkele algemene conclusies (hoofdstuk 7).



## 2. Europeesrechtelijke belemmeringen

### 2.1. Vrijheid van vestiging en vrij verkeer van diensten

Het AKD-Rapport erkent pas aan het einde dat bij de introductie van verplicht dienstverband "het te dienen belang, de overwogen alternatieven, de geschiktheid en de noodzakelijkheid van de gekozen maatregelen in het licht van verdragsrechtelijke verplichtingen expliciet aan de orde moet komen." In onze optiek kleuren deze aspecten echter alle daaraan voorafgaande conclusies, hetgeen voor ons aanleiding is met dat kader te beginnen.

Het AKD-Rapport onderkent terecht dat de verplichte overgang van vrijgevestigde medisch specialisten naar een dienstverband een beperking van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten kan vormen.<sup>6</sup>

In de eerste plaats kan het verplichte dienstverband de vrije vestiging in Nederland door medisch specialisten uit andere lidstaten belemmeren. In de tweede plaats kunnen zorginstellingen die vanuit een andere lidstaat in Nederland worden opgericht, niet langer gebruik maken van vrijgevestigde specialisten. Het AKD-Rapport concentreert zich hoofdzakelijk op ziekenhuizen, maar het verplichte dienstverband voor medisch specialisten treft alle type zorginstellingen waar medisch specialisten werken, waaronder zelfstandige behandelcentra. Deze en andere voorzienbare en onvoorzienbare consequenties spelen een rol bij het bepalen van de impact van het verplicht stellen van dienstverband.

De vraag of een verplicht dienstverband mogelijk is, is derhalve een vraag die exclusief naar Unierecht moet worden beantwoord. Uit het Unierecht volgt dat een maatregel waarmee het verplichte dienstverband wordt ingevoerd, aan de volgende voorwaarden moet voldoen:

- a. De maatregel moet kunnen worden gerechtvaardigd door een dwingende reden van algemeen belang, zoals de bescherming van de volksgezondheid;
- b. De maatregel mag niet discriminatoir zijn;
- c. De maatregel moet geschikt zijn om het beoogde doel op een coherente en systematische wijze te verwezenlijken; en
- d. De maatregel moet proportioneel zijn aan het nagestreefde doel en mag niet verder gaan dan voor dat doel nodig is.

Het AKD-Rapport concludeert zelf reeds dat niet aan deze voorwaarden is voldaan, omdat "actueel onderzoek naar alternatieven voor een verplichte overgang naar onze waarneming niet beschikbaar is."<sup>7</sup>

---

6. Zie par. VII.2.1 AKD-Rapport.

7. Zie par. I.6 en VII.2.3 AKD-Rapport.

### 2.1.1. Doelmatigheid verplicht dienstverband voor medisch specialisten

Uit de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie ("HvJEU") volgt dat de bescherming van de volksgezondheid, waaronder het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel, een dwingende reden van algemeen belang is die een rechtvaardigingsgrond kan vormen voor een maatregel die de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten belemmert.<sup>8</sup>

Het AKD-Rapport onderzoekt de doelstellingen met betrekking tot het verbeteren van de gelijkgerichtheid c.q. de bestuurbaarheid van de zorginstelling en kostenbesparing. Het Rapport onderzoekt echter niet de noodzaak van het verplichte dienstverband om een bijdrage te leveren aan de bescherming van de volksgezondheid. Deze noodzaak is echter wel vereist om een beroep te kunnen doen op de bescherming van de volksgezondheid als rechtvaardigingsgrond voor een beperking van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten. Het AKD-Rapport geeft zelfs aan dat "[e]r geen enkele aanwijzing [is] dat vrijgevestigd medisch specialisten vanwege hun status geen goede zorg leveren".<sup>9</sup> Voor de stelling dat MSB's daadwerkelijk de kwaliteit van zorg in gevaar brengen, is geen onderbouwing geleverd. Het Rapport bespreekt in dat verband een enkele uitspraak van het Scheidsgerecht Gezondheidszorg waar dit mogelijk het geval was<sup>10</sup> en schetst de geanonimiseerde uitkomsten van de interviews met bestuurders die zien op de bestuurlijke en financiële vraagstukken ten aanzien van de samenwerking met medisch specialisten.<sup>11</sup>

Voor zover deze vraagstukken uitsluitend spelen in het kader van de samenwerking met de MSB's is niet op voorhand duidelijk dat de kwaliteit van de zorg of het financiële evenwicht van het socialezekerheidsstelsel in het geding is. Het AKD-Rapport noemt tevens voorbeelden waar MSB's juist hebben bijgedragen aan de gelijkgerichtheid en een verbetering van de bestuurbaarheid van ziekenhuizen doordat de komst van de MSB's heeft geleid tot nieuwe besturingsmodellen.<sup>12</sup> In dit verband is van belang dat het AKD-Rapport opmerkt dat "een ziekenhuis naar de aard van de onderneming een complex bestuurlijk geheel is, ook als alle medisch specialisten in loondienst zijn."<sup>13</sup>

---

8. HvJEU 10 maart 2009, C-169/07, ECLI:EU:C:2009:141, (*Hartlauer*), punt 47; HvJEU 5 oktober 2010, C-173/09, ECLI:EU:C:2010:581, (*Elchinov*), punten 42 en 43; HvJEU 28 januari 2016, C-50/14, ECLI:EU:C:2016:56 (*Casta*), punt 61; HvJEU 20 december 2017, C419/16, ECLI:EU:C:2017:997 (*Simma Federspiel*), punt 42; HvJEU 23 september 2020, C-777/18, ECLI:EU:C:2020:745 (*Vas Megyei Kormányhivatal*), punt 59.

9. Par. VI.5.2. AKD-Rapport.

10. Par. V.2 AKD-Rapport.

11. Par. V.2.3. AKD-Rapport.

12. Par. V.2.4. AKD-Rapport.

13. Par. I.2. t AKD-Rapport.

### 2.1.2. Geschiktheid

Uit het AKD-Rapport volgt dat een verplicht dienstverband op zichzelf niet geschikt is om een kostenbesparing te realiseren, maar mogelijk alleen in combinatie met een maximering van de beloning via de WNT. Het AKD-Rapport maakt echter inzichtelijk dat de kostenbesparing ook kan worden gerealiseerd door een verlaging van de bezoldiging van specialisten die nu reeds in dienstverband zijn. Zoals ook zal worden uiteengezet in paragraaf 5.2, geldt dat de WNT niet bedoeld is om de bezoldiging van niet-topfunctionarissen te matigen. Een eerder voorstel daartoe – op grond waarvan medisch specialisten (in dienstverband en vrijgevestigd) werden uitgezonderd – is ingetrokken. Bovendien zou het voor de eventuele toepassing van de WNT niet nodig zijn om vrijgevestigd specialisten in dienstverband te 'duwen' omdat de WNT van toepassing is op functionarissen die op grond van enige overeenkomst een beloning ontvangen voor de opgedragen taken. Daarnaast is het maar zeer de vraag of andere maatregelen dan het verplichte dienstverband niet geschikter zijn om een kostenbesparing in de zorg te realiseren.

Ten aanzien van de geschiktheid van de verplichte overgang naar dienstverband om de gelijkgerichtheid c.q. de bestuurbaarheid van ziekenhuizen te verbeteren, lijkt het AKD-Rapport de conclusie vooral te baseren op de verwachting die de geïnterviewde ziekenhuisbestuurders hebben uitgesproken: *"dat de opgave waar de ziekenhuiszorg de komende jaren voor staat beter gerealiseerd kan worden met medisch specialisten in loondienst."*<sup>14</sup> Tevens lijkt deze conclusie te worden ontleend aan de conclusie in het TIAS rapport uit 2016 dat *"[z]iekenhuisbestuurders en secretarissen [van de raad van bestuur] overwegend negatief (zijn) over de opbrengsten van de invoering van het samenwerkingsmodel"*.<sup>15</sup>

Zoals hierna ook uiteen zal worden gezet ontbreekt het aan een gedegen en gedocumenteerd onderzoek en een analyse van de problemen die worden ervaren en de daadwerkelijke oorzaak van deze problemen. De focus ligt vooral op "het eigen financiële belang van het MSB of van de individuele medisch specialisten"<sup>16</sup>. Wat precies de bezwaren zijn van een bestuurlijk, juridisch en financieel gescheiden bedrijfskolom, wordt niet duidelijk. Datzelfde geldt voor de vraag wat precies de ernst en de reikwijdte is van de problematiek die uit de mond van een klein aantal zittende bestuurders<sup>17</sup> wordt opgetekend, nu de conclusie is dat dit er "soms" aan in de weg staat "dat een beleidswens van het ziekenhuis gerealiseerd kan worden."<sup>18</sup>

---

14. Par. I.2. AKD-Rapport.

15. Zie p. 20 AKD-Rapport.

16. Par. V.2.3. AKD-Rapport.

17. Op p. 8 van het AKD-Rapport worden 22 (oud)bestuurders en (vertegenwoordigers) van medisch specialisten genoemd. Met de nog zittende bestuurders is anonimiteit afgesproken. Hoeveel (oud)bestuurders uiteindelijk zijn gesproken om tot dit oordeel (en de 5 kanttekeningen in het kader van gelijkgerichtheid, genoemd op p. 21 t/m 23 van het AKD-Rapport) te komen is ongewis. Het is onduidelijk of dit aantal representatief is voor de stand in het land.

18. Par. I.2. AKD-Rapport.

Evenmin valt goed te begrijpen waarom het de kwaliteit van de dienstverlening en de organisatie als zodanig ten goede zou komen als een bestuur van de zorginstelling, ook als dat daartoe inhoudelijk onbekwaam is, volledige zeggenschap krijgt over het aantal en soort medisch specialisten dat wordt aangenomen of ontslagen. Het invoeren van een verplicht dienstverband geeft de zorginstelling mogelijk meer grip op de organisatie van het medisch specialistisch personeel, maar lijkt als zodanig niet geschikt om de bestuurbaarheid van de zorginstelling te verbeteren. Het AKD-rapport geeft hieromtrent zelf aan dat:

*"De besturing van ieder ziekenhuis complexiteit in zich [draagt]. De medisch specialist heeft als professional een eigen domein waarin hij autonoom opereert. (...) De individuele ziekenhuisbestuurder (...) 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."*<sup>19</sup>

Een verplicht dienstverband doorbreekt weliswaar de keuzevrijheid van een medisch specialist vrij beroepsbeoefenaar voor een zelfstandige praktijkvoering, maar onduidelijk blijft of het in dat geval versterkte gezag van het instellingsbestuur ook leidt tot een betere bestuurbaarheid en performance van de zorginstelling als geheel.<sup>20</sup> De bevindingen uit het AKD-Rapport lijken erop te duiden dat de geïnterviewde anonieme zittende en oud-bestuurders de problematiek toch vooral als een 'gezagskwestie' ervaren.<sup>21</sup> In het belang van het streven naar de beste zorg met efficiënt bestuur van zorginstellingen, dient het onderzoek waarop uiteindelijk besluitvorming wordt gebaseerd diepgaander te zijn. Daarbij dient er mee rekening te worden gehouden dat het om een complex geheel van 'checks and balances' gaat.

In dat verband is van belang dat het AKD-Rapport vermeldt dat MSB's de bestuurbaarheid van ziekenhuizen – in potentie en soms in de realiteit – hebben vergroot ten opzichte van de voor 2015 bestaande situatie. Het bestuur van de zorginstelling heeft met het MSB immers "één aanwijsbare gesprekspartner waarmee het tot afspraken en afstemming kan komen."<sup>22</sup>

Het AKD-Rapport noemt ten slotte het voorbeeld van het Zuyderland ziekenhuis waar de komst van het MSB juist heeft geleid tot een effectieve inrichting van duaal management. Er zijn meerdere voorbeelden van succesvol gezamenlijk bestuur dat dankzij de komst van de MSB's mogelijk is gemaakt.<sup>23</sup> Het effect van deze nieuwe bestuursvormen moet nog worden geëvalueerd. Vooruitlopend op een dergelijke evaluatie en op een onderzoek naar de mogelijkheden om de bestaande afspraken met de MSB's beter te benutten om de bestuurbaarheid van ziekenhuizen en de gelijkgerichtheid te vergroten, kan niet worden gesteld dat een verplicht

---

19. Par. V. 2.3. AKD-Rapport.

20. Zie ook: NRC 16 juni 2021, 'Wij vrijgevestigde artsen zijn juist níet bezig alleen maar productie te halen'.

21. Zie: AKD-Rapport, p. 23.

22. Par. V.2.4. AKD-Rapport.

23. Zie in dit verband bijvoorbeeld het Amphibia-model.

dienstverband het meest proportionele instrument is om de bestuurbaarheid van ziekenhuizen te vergroten.

Het AKD-Rapport gaat voorts ook geheel voorbij aan het beeld dat de minister voor Medische Zorg in haar brief van 27 november 2020<sup>24</sup> heeft geschetst ten aanzien van de gelijkgerichtheid van medisch specialisten:

*"Enkele jaren na de invoering van integrale tarieven lijkt er een bepaalde mate van stabiliteit en rust te zijn ontstaan wat betreft de modellen. Msb's ontwikkelen zich verder, er is duidelijkheid rondom het participatiemodel gekomen en het aandeel medisch specialisten in loondienst loopt langzaam maar gestaag op. Daarbij zijn er goede voorbeelden van ziekenhuizen die zich gelijkgericht organiseren. Zo hebben verschillende grote STZ-ziekenhuizen de vergaderingen van de raad van bestuur en van de medisch specialisten geïntegreerd. Beide partijen vergaderen niet meer apart van elkaar, maar ze vergaderen gezamenlijk met een gezamenlijke agenda, waardoor meer gelijkgerichtheid gewerkt wordt. Ook zijn er voorbeelden van msb's waarbij de vrijgevestigde medisch specialisten voornamelijk op basis van werkzame dagdelen en disutility (dienstbelasting van de medisch specialist) beloond worden, waardoor de belangen van ziekenhuis en zijn medisch specialisten meer gelijk lopen. Daarnaast toont de evaluatie van de verbeterprogramma's bij Bernhoven en Rivas dat er meerdere manieren zijn om de gelijkgerichtheid van medisch specialisten met de rest van de organisatie te versterken. Bij ziekenhuis Bernhoven zijn de medisch specialisten in loondienst gegaan, bij zorggroep Rivas hebben de medisch specialisten een ander verdeelmodel ingevoerd."*

Daarnaast heeft de minister in de genoemde brief – onder verwijzing naar het SiRM-rapport<sup>25</sup> en de signaalanalyse van de NZa<sup>26</sup> - gewezen op de verschillende aspecten die er nodig zijn voor het verder bevorderen van de gelijkgerichtheid.

*Zij merkt daarbij op dat "SiRM beschrijft dat er niet één manier is om gelijkgerichtheid te realiseren. De ene situatie vraagt om een andere aanpak dan de andere. Het is wel belangrijk dat we naar de gedeelde lessen van succesvolle voorbeelden van gelijkgerichtheid kijken, zodat gelijkgerichtheid ook beter en sneller vorm kan krijgen bij anderen. Door voorbeelden met elkaar te delen, hoeft niet iedere organisatie het wiel op dit gebied opnieuw uit te vinden. Daarom ga ik, samen met de Federatie Medisch Specialisten (FMS) en de Nederlandse Vereniging voor Ziekenhuizen (NVZ), een handreiking met concrete aanbevelingen, randvoorwaarden en do's en dont's opstellen over hoe bijvoorbeeld «samen besturen» georganiseerd kan worden."*

Momenteel wordt gewerkt aan de aangekondigde handreiking. Het introduceren van verplicht dienstverband als één remedie voor de verbetering van de gelijkgerichtheid

---

24. Kamerstukken II, 2020–2021, 29 248, nr. 325, blz. 3 en 4.

25. Kamerstukken II, 35 000 XVI, nr. 134.

26. <https://magazines.nza.nl/nza-specials/2019/01/innovatieve-financiele-afspraken-binnen-het-ziekenhuis>.

voor alle verschillende MSB's en zorginstellingen, staat haaks op de tot op heden gepubliceerde onderzoeksbevindingen en is bovendien prematuur gelet op de momenteel lopende acties en ontwikkelingen.

Het geschiktheidsvereiste brengt met zich mee dat het verplicht dienstverband geen doel op zich kan zijn, maar aantoonbaar bijdraagt aan de verbetering van de zorg door een betere bestuurbaarheid van de zorginstelling. Aan dit vereiste wordt evident niet voldaan indien (mogelijk) slechts een beperkt deel van de bestuurbaarheid wordt verbeterd, maar deze stelselwijziging tevens aanzienlijke negatieve effecten op de bestuurbaarheid van de zorginstelling heeft en per saldo niet tot een verbetering van de kwaliteit van de zorg leidt.

### 2.1.3. Proportionaliteit

Ten aanzien van de proportionaliteit geeft het AKD-Rapport aan dat *"actueel onderzoek naar alternatieven voor een verplichte overgang naar onze waarneming niet beschikbaar is."* Het AKD-Rapport geeft aan dat voor de beoordeling van de proportionaliteit van een eventueel verplicht dienstverband nader onderzoek nodig is<sup>27</sup>:

*"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, 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 verplicht 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."*

In de toelichting op het AKD-Rapport komt de proportionaliteit ook aan de orde:

*"Tweede Kamerlid De Vries (VVD):*

*Proportionaliteit moet zwaar aangekaart worden. Wat is uw inschatting?*

*De Heer Rijken:*

*Maken van een echte juridische inschatting vraagt om uitgebreider onderzoek dan ons gevraagd is. Ik kan geen definitief antwoord geven. Maar kan wel noemen dat het duidelijk moet zijn welk doel wordt nagestreefd. De overheid moet niet alleen aantonen dat deze maatregel bijdraagt aan het doel, maar ook of er geen andere alternatieven*

---

27. Zie par. 1.6 van het AKD-Rapport. Zie ook het Gespreksverslag, Gesprek Medisch specialisten in loondienst d.d. 17 mei 2021.



*zijn. En daar is onvoldoende onderzoek naar gedaan. Anders kan je als overheid de maatregel onvoldoende onderbouwen."*

Op grond van de vaste rechtspraak van het HvJEU kan een nationale belemmerende maatregel alleen worden aangemerkt als proportionele maatregel indien kan worden aangetoond dat een minder beperkende maatregel niet zou volstaan om aan de beoogde doelstelling te voldoen.<sup>28</sup> Aangezien dit onderzoek niet heeft plaatsgevonden, zijn wij reeds om deze reden van oordeel dat de beperking in verband met de verplichte overgang naar dienstverband in strijd is met de vrijheid van vestiging (artikel 49 VWEU) en de vrijheid van diensten (artikel 56 VWEU).

Het AKD-Rapport bespreekt in hoofdstuk VI uitsluitend of de bestaande wettelijke regelingen mogelijkheden bieden voor het vastleggen van het verplichte dienstverband van medisch specialisten. Het Rapport gaat daarbij niet in op de vraag of deze bestaande wettelijke regelingen aanknopingspunten bieden voor het optreden tegen eventuele problemen verband houdend met de rol van de MSB's bij de bestuurbaarheid van de zorginstelling. Evenmin is ingegaan op de vraag of de bestaande instrumenten, zoals de kwaliteitseisen, integrale tarieven, de bestaande afspraken tussen zorginstellingen en MSB's, het tuchtrecht, en/of de regels van gunstbetoon<sup>29</sup> handvatten bieden om de bestuurbaarheid van de zorginstelling en de gelijkgerichtheid te vergroten.

Zoals hiervoor onder de bespreking van de geschiktheid ook is uiteengezet, geldt ook ten aanzien van het proportionaliteitsvereiste dat hieraan alleen kan worden voldaan indien de besluitvorming ten aanzien van een nieuwe maatregel zoals het verplichte dienstverband, is gebaseerd op zorgvuldig en diepgaand onderzoek naar het probleem en de mogelijkheden dit probleem met minder ingrijpende alternatieve maatregelen op te lossen. Alleen als nader onderzoek aantoont dat verplicht dienstverband de enige geschikte oplossing is om mogelijk gebleken zwaarwegende negatieve effecten van duaal management duurzaam weg te nemen, kan een ingrijpende maatregel zoals de verplichte stelselwijziging worden gerechtvaardigd.

## **2.2. Vrijheid van ondernemerschap**

Artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie ("Handvest") beschermt het grondrecht met betrekking tot de vrijheid van ondernemerschap. Op grond van artikel 52, lid 1, van het Handvest is een beperking van dit grondrecht slechts toelaatbaar indien deze bij wet is gesteld en de wezenlijke inhoud van deze vrijheid eerbiedigt en voldoet aan het evenredigheidsbeginsel. Dit grondrecht is in dit geval van toepassing, aangezien sprake is van uitvoering van het Unierecht. Voor de rechtvaardiging van de beperking van de vrijheid van vestiging en/of het vrij verkeer

---

28. HvJEU 4 juli 2019, C-377/17, ECLI:EU:C:2019:562, punt 95.

29. Zie blz. 21 van het AKD-Rapport waar de eigen afspraken van medisch specialisten met de industrie over het gebruik van hulpmiddelen in het ziekenhuis, worden opgevoerd als een voorbeeld van bemoeilijking van de bestuurbaarheid van het ziekenhuis (en in het bijzonder de inkoopbeslissingen).

van diensten als gevolg van de invoering van het verplichte dienstverband voor medisch specialisten wordt immers een beroep gedaan op een uit het Unierecht volgende uitzonderingsgrond.<sup>30</sup>

Op grond van de vaste rechtspraak van het HvJEU is een niet-gerechvaardigde of onevenredige beperking van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten eveneens in strijd met het in artikel 16 neergelegde grondrecht op de vrijheid van ondernemerschap. Een afzonderlijke toetsing van het beginsel van de vrijheid van ondernemerschap is derhalve niet nodig.<sup>31</sup>

### 2.3. Conclusie

Uit het voorgaande volgt dat een verplicht dienstverband voor medisch specialisten een belemmering vormt van de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten als bedoeld in de artikelen 47 en 56 VWEU. Deze beperking kan (momenteel) om de volgende redenen niet worden gerechtvaardigd:

- a. Het is onduidelijk of de belemmerende maatregel geschikt is om de doelstelling, de bescherming van de volksgezondheid door het verbeteren van de bestuurbaarheid van ziekenhuizen c.q. de gelijkgerichtheid te realiseren. Hierbij is relevant dat het ontbreekt aan gedegen en gedocumenteerd onderzoek en analyse van de problemen die als gevolg van duaal bestuur worden ervaren en de daadwerkelijke oorzaak van deze problemen. Als gevolg hiervan is het onduidelijk wat precies de bezwaren zijn van een bestuurlijk, juridisch en financieel gescheiden bedrijfskolom als het MSB. Het AKD-rapport toont het nut van het verplichte dienstverband niet aan. Als bron voor de geschetste problematiek wordt slechts een klein aantal zittende en voormalige (anonieme) bestuurders opgevoerd, dat bovendien concludeert dat het eigen financiële belang van een individuele medisch specialist, vakgroep of het MSB er "soms"<sup>32</sup> aan in de weg staat dat een beleidswens van de zorginstelling gerealiseerd kan worden.
- b. De evenredigheid van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten is niet onderzocht. Meer in het bijzonder ontbreekt het aan breed, diepgaand en gedegen onderzoek naar de mogelijkheid om op basis van de bestaande instrumenten en besturingsmodellen of met alternatieve en minder beperkende maatregelen de in het AKD-rapport genoemde doelstellingen te realiseren.

Op grond van de vaste rechtspraak van het HvJEU is een niet-gerechvaardigde of onevenredige beperking van de vrijheid van vestiging en/of van het vrij verkeer van diensten eveneens in strijd met het in artikel 16 neergelegde grondrecht met betrekking tot de vrijheid van ondernemerschap.

---

30. HvJEU 30 april 2014, C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, (*Robert Pflieger*), punten 34 en 35 en 57-60.

31. HvJEU 20 december 2017, C-322/16, ECLI:EU:C:2017:985, (*Global Starnet*), punt 50 e.v. .

32 Par. I.2 van het AKD-Rapport.

Gelet op de strijdigheid met de Verdragsrechtelijke fundamentele vrijheden en rechten kan op basis van de nu voorliggende documentatie en onderbouwing een wettelijke regeling tot invoering van een collectief verplicht dienstverband voor medisch specialisten juridisch niet standhouden.

### **3. Rechtspositie van de vrijgevestigde medisch specialist**

In dit hoofdstuk geven wij een nadere juridische beschouwing op de ontwikkeling van de rechtspositie van de vrijgevestigde medisch specialisten, de gevolgen van de integrale bekostiging en een juridische duiding van de rechtsverhouding tussen medisch specialistische bedrijven en het ziekenhuis. Daarmee wordt duidelijk op welke manier in Nederland de positie van de vrijgevestigde medisch specialist is geregeld en welke historische factoren en beleidskeuzes daarin een rol hebben gespeeld. Een goed begrip van deze rechtsverhouding is nodig om te kunnen beoordelen of het herijken van die verhouding een gerechtvaardigd middel kan zijn voor de doelstellingen van gelijkgerichtheid en kostenbeheersing en welke reële juridische obstakels daarbij in beeld komen.

#### **3.1. Het tijdperk van de Toelatingsovereenkomst**

In de naoorlogse jaren gingen de ziekenhuizen en medisch specialisten vrijberoepsbeoefenaren steeds intensiever met elkaar samenwerken. De samenwerking was gericht op de directe patiëntenzorg waarbij het ziekenhuis verantwoordelijk was voor de verpleging en verzorging en de vrijgevestigde medisch specialist een eigen medisch specialistische praktijk uitoefende binnen het ziekenhuis. De rechtsverhouding tussen het ziekenhuis en de vrijgevestigde medisch specialist werd in die periode beheerst door de 'Toelatingsovereenkomst'. Deze Toelatingsovereenkomst werd algemeen aangeduid als een overeenkomst 'sui generis' (van eigen aard, uniek in zijn soort) waarbij het ziekenhuis de medisch specialist als vrijgevestigde beroepsbeoefenaar onder een aantal voorwaarden ruimte, outillage, apparatuur en ondersteunend medisch personeel ter beschikking stelde waarmee de vrijgevestigde medisch specialist in staat werd gesteld om voor eigen rekening en risico een medisch specialistische praktijk in het ziekenhuis uit te oefenen.<sup>33</sup>

Deze zelfstandige positie van de vrijgevestigde medisch specialist was ook verankerd in de verdere zorgregelgeving. Zo sloot de vrijgevestigde medisch specialist naast het ziekenhuis zelfstandig een geneeskundige behandelovereenkomst (overeenkomst van opdracht) met zijn patiënten. Een patiënt had op zijn beurt jegens het ziekenfonds een zelfstandige aanspraak op medisch specialistische zorg, naast een zelfstandige aanspraak op ziekenhuiszorg. Het ging in beide gevallen om verzekerde aanspraken in natura en om aan die natura-aanspraken te kunnen voldoen sloten ziekenfondsen overeenkomsten met zowel de (collectieven van) vrijgevestigde medisch specialisten als overeenkomsten met de ziekenhuizen. Het honorarium dat vrijgevestigde medisch specialisten ontvingen voor de door hen geleverde zorg stond in die periode zowel contractueel als financieel los van de ziekenhuisbekostiging.

---

33. Zie over de juridische duiding van het bijzondere karakter van de toelatingsovereenkomst ook: J.H. Hubben en J.G. Sijmons, 'Herpositionering van ziekenhuis en vrijgevestigd medisch specialist in hun civielrechtelijke verhouding' *TvGR* 1999, p. 2 – 16.

Met de inwerkingtreding van de Integratiewet op 1 februari 2000 kregen ziekenfondsverzekerden uitsluitend nog recht op één geïntegreerde verstrekking van medisch specialistische zorg door of vanwege het ziekenhuis.<sup>34</sup> Vanaf dat moment waren de vrijgevestigde medisch specialisten ook niet langer zelfstandige contractspartij van de ziekenfondsen en declareerden zij het door het College Tarieven Gezondheidszorg (later opgegaan in de Nederlandse Zorgautoriteit) vastgestelde honorarium via het ziekenhuis aan de ziekenfondsen en/of de patiënt.<sup>35</sup>

De samenwerking tussen vrijgevestigde medisch specialisten concentreerde zich daarbij binnen specialistenmaatschappen waarbij de praktijken werden ingebracht in de maatschap en binnen de maatschap afspraken werden gemaakt over o.a. samenwerking, dienstenroosters, waarneming tijdens afwezigheid, arbeidsongeschiktheid, honorariumverdeling etc. Vanaf 2012 verenigde de specialistenmaatschappen zich in zogenaamde stafmaatschappen om collectief bindende afspraken te maken met het ziekenhuis en de zorgverzekeraars over de vanaf 2012 door de NZa vastgestelde honorariumomzetplafonds per stafmaatschap van een ziekenhuis.

De ontwikkeling van de rechtsposities in deze periode kenmerkt zich van een individuele zelfstandige praktijkuitoefening (als vrijberoepsbeoefenaar) naar een samenwerking op het niveau van specialismen (in de vorm van een maatschap) naar multidisciplinaire specialisme overstijgende samenwerking (in de vorm van een stafmaatschap).

Met deze doorontwikkeling werd tegelijkertijd ook de financiële gelijkgerichtheid tussen medische specialismen vergroot. De honorariumtarieven leidden bij invoering van de DBC-systematiek vanaf 2006 ondanks de vaststelling van een eenduidig normatief uurtarief voor alle specialismen<sup>36</sup> aanvankelijk nog tot onverklaarbare honorariumverschillen tussen specialismen en perverse productieprikkelers. Met de invoering in 2012 van de honorariumomzetplafonds per ziekenhuis en de oprichting van stafmaatschappen werd financiële gelijkgerichtheid tussen specialismen juist vergroot.<sup>37</sup> Daarnaast zorgde de vrijgevestigde medisch specialisten via interne verdeelafspraken binnen de stafmaatschap dat specialismehonoraria vergaand werden geharmoniseerd en dat uitsluitend nog wenselijk geachte efficiency en kwaliteitsprikkelers resteerden. Door de invoering van deze honorariumomzetplafonds per ziekenhuis waren van overheidswege bovendien de perverse productieprikkelers uit het bekostigingssysteem gehaald. Het honorariumomzetplafond voorkwam vanaf 2012 dat meer productie ook direct leidde tot hogere honorariuminkomsten.

---

34. J.H. Hubben en E.W. Meulemans, 'De integratiewet. Gewijzigde verhoudingen ziekenhuis-medisch specialist-verzekeraar' *TvGR* 1999, p. 346-358.

35. Zie daarover ook: M.E. Gelpke, 'De vrijgevestigde specialist BV' *Medisch Contact* 2007, 62, nr. 44.

36. 'Het onderbouwd normatief uurtarief van de medisch specialist', advies uitgebracht door de Commissie Onderbouwing Normatief Uurtarief Medisch Specialisten aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, Zoetermeer 2005.

37. M.E. Gelpke en W.I. Koelewijn, 'Het wetsvoorstel aanvulling instrumenten bekostiging WMG. Over nieuwe beheers- en verdeelmodellen en onverklaarbare inkomensverschillen', *TvGR* 2011, p. 389 e.v.

### 3.2. De integrale bekostiging en het ontstaan van de medisch specialistische bedrijven

Met de invoering van de integrale bekostiging per 1 januari 2015 verviel binnen de DBC/DOT-tarieven het onderscheid tussen het ziekenhuiskostendeel en het honorariumdeel voor de medisch specialisten en kon er vanaf dat moment nog slechts één integraal tarief worden gedeclareerd door het ziekenhuis voor een geleverde zorgprestatie (DBC/DOT). In de door de Nederlandse Zorgautoriteit vastgestelde Regeling medisch specialistische zorg is vanaf dat moment de volgende bepaling opgenomen:

*“(…) De eigen zorgverlener declareert in één declaratie het totale, integrale tarief van het zorgproduct. Onderdeel van dit tarief is, voor zover van toepassing, een tussen de instelling en vrijgevestigd medisch specialist (…), dan wel diens rechtsgeldige vertegenwoordiger, overeengekomen vergoeding voor diens aandeel in het geleverde en in rekening gebrachte zorgproduct.”<sup>38</sup>*

De invoering van de integrale tarieven leidde ertoe dat de in de Toelatingsovereenkomsten vastgelegde afspraken, namelijk dat de medisch specialisten de honorariumcomponent via het ziekenhuis declareerden bij de zorgverzekeraar of de patiënt, niet langer aansloot op de nieuwe juridische werkelijkheid van de integrale tarieven. Dientengevolge kwam ook de aan het ‘via-declareren’ verbonden fiscale ruling te vervallen en ontstond er onzekerheid voor medisch specialisten vrij beroepsbeoefenaren over het al dan niet behouden van hun status als fiscaal ondernemer.<sup>39</sup>

De rechtsvoorganger van de Federatie (de Orde van Medisch Specialisten, OMS) en de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen hebben zich voorafgaand aan de invoering van de integrale tarieven ingespannen om juridische modellen te ontwikkelen waarmee medisch specialisten hun praktijk konden blijven uitoefenen als vrij beroepsbeoefenaren. Het primaire doel was gelegen in het behouden van de keuzevrijheid voor medisch specialisten om werkzaam te blijven als vrijberoepsbeoefenaar ofwel werkzaam te zijn in dienstverband van het ziekenhuis. Dit heeft geleid tot een model samenwerkingsovereenkomst die in de plaats kwam van de model toelatingsovereenkomst.

AKD stelt in haar rapportage dat de ontwikkeling van de juridische modellen uitsluitend gericht zou zijn op het veiligstellen van het fiscaal ondernemerschap en het voorkomen dat medisch specialisten in dienstverband van het ziekenhuis zouden komen. Het is weliswaar juist dat met het vervallen van de voornoemde fiscale ruling

---

38. Regeling Medisch-specialistische zorg, NR/REG-2103a, geldend van 1 januari 2021 – 31 december 2021, vastgesteld en gepubliceerd door de Nederlandse Zorgautoriteit op 8 september 2020.

39. Zie daarover: Advies Integrale tarieven medisch specialistische zorg 2015, Nederlandse Zorgautoriteit, 28 juni 2013, Bijlage 3 bij *Kamerstukken II* 32 620, nr. 105.



ook de fiscale positie van vrijgevestigde medisch specialisten een belangrijke rol heeft gespeeld in de ontwikkeling van deze modellen, maar het AKD-Rapport doet naar ons oordeel de Nederlandse verenigingen van Ziekenhuizen (NVZ) en de Orde van Medisch Specialisten (OMS) tekort wanneer zij dat noemen als enige en belangrijkste motivering. Het behouden van de keuzevrijheid voor medisch specialisten en het zoveel mogelijk bestendigen van de bestaande rechtsverhoudingen en bijbehorende verantwoordelijkheden, vormde destijds voor beide koepelorganisaties namelijk de belangrijkste reden voor de ontwikkeling van de juridische modellen. Dit was ook de gezamenlijke inzet van beide koepelorganisaties in het zorgakkoord 2013 dat met de toenmalige minister van VWS werd overeengekomen.<sup>40</sup> Daaraan kan worden toegevoegd dat hiermee gelijktijdig ook voor de zorginstellingen en hun besturen keuzevrijheid werd gewaarborgd ten aanzien van de vraag hoe zij de samenwerking wilden vormgeven, namelijk door een einde te maken aan de vakgroep maatschappen en één tafel te creëren waar alle afspraken met medisch specialisten vrij beroepsbeoefenaren werden gemaakt. Daarmee is een grote stap gezet naar gelijkgerichtheid.

Het ontwikkelde samenwerkingsmodel is, zoals AKD terecht constateert, het dominante model geworden waarbij de vrijgevestigde medisch specialisten de belangen die verbonden zijn de uitoefening van hun medisch specialistische praktijken hebben verenigd in een medisch specialistisch bedrijf. Dat medisch specialistische bedrijf (MSB) kent een juridisch-fiscaal transparante verschijningsvorm (de maatschap) en een juridisch-fiscaal niet-transparante verschijningsvorm (de coöperatie). Collectieven van vrijgevestigde medisch specialisten die voor een transparant model hebben gekozen, hebben per 31 december 2014 hun medisch specialistische praktijken ingebracht in een maatschap. Collectieven van vrijgevestigde medisch specialisten die kozen voor een niet-transparant samenwerkingsmodel hebben hun medisch specialistische praktijk ingebracht in een persoonlijke besloten vennootschap en zijn daarmee lid geworden van de coöperatie MSB. In de praktijk zijn lokaal nog enkele variaties op deze twee juridische verschijningsvormen ontworpen.<sup>41</sup>

In beide soorten samenwerkingsmodellen wordt de rechtsverhouding tussen de vrijgevestigde medisch specialisten vanaf 1 januari 2015 niet meer beheerst door de Toelatingsovereenkomst maar door een Samenwerkingsovereenkomst. Deze overeenkomst wordt gesloten tussen het MSB (Maatschap of Coöperatie) en het Ziekenhuis. Onderdeel van die Samenwerkingsovereenkomst zijn afspraken over de vergoeding die het ziekenhuis in rekening brengt bij de zorgverzekeraars voor het aandeel dat de vrijgevestigde medisch specialisten, via de maatschap of via hun

---

40. In het door de Orde van Medisch Specialisten en de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen met de Minister van VWS gesloten zorgakkoord van juli 2013 wordt expliciet de keuzevrijheid voor medisch specialisten benoemd. Het behouden van de keuzevrijheid is destijds de directe aanleiding voor overleg met het ministerie van Financiën geweest en de ontwikkeling van de modellen - niet uitsluitend het verlies van de fiscale ondernemersstatus.

41. Zie ook: Monitor integrale bekostiging medisch Specialistische zorg, *Nederlandse Zorgautoriteit*, december 2016.

praktijk BV, leveren. Zij doen dat gezamenlijk met het door het ziekenhuis geleverde zorgproduct. De afspraken uit deze samenwerkingsovereenkomst werken binnen de MSB's rechtstreeks door via een Ledenovereenkomst (in geval van een Coöperatie) of via een Maatschapsovereenkomst (in geval van een Maatschap).

In het AKD-Rapport wordt gesteld dat sinds 2015 de rechtsverhouding tussen het ziekenhuis en het MSB in juridisch opzicht kwalificeert als een 'overeenkomst van opdracht'. Het ziekenhuis is dan de opdrachtgever en het MSB is de opdrachtnemer. Naar ons oordeel vormt dat evenwel een onjuiste juridische kwalificatie van de Samenwerkingsovereenkomst. De bijzondere rechtspositie van vrijgevestigde medisch specialisten wordt bepaald door het (juridische) feit dat zij zelfstandig geneeskundige behandelovereenkomsten sluiten met hun patiënten. Het verrichten van rechtshandelingen door vrijgevestigde medisch specialisten op eigen naam valt in juridisch opzicht niet goed te duiden als het verrichten van 'werkzaamheden' voor de opdrachtgever i.c. het ziekenhuis.<sup>42</sup>

Daar komt bij dat de minister van VWS in antwoord op Kamervragen ook uitdrukkelijk heeft bevestigd dat met de invoering van de integrale bekostiging geen wijziging is beoogd in de rechtsverhouding tussen vrijgevestigde medisch specialisten en patiënten.<sup>43</sup> De Samenwerkingsovereenkomst kwalificeert daarmee evenals destijds de Toelatingsovereenkomst, als een overeenkomst 'sui generis' (van eigen aard, uniek in zijn soort) en neemt tot uitgangspunt dat vrijgevestigde medisch specialisten naast het ziekenhuis zelfstandig een geneeskundige behandelingsovereenkomst sluit met de patiënt.

In de ontwikkelde model-samenwerkingsovereenkomst wordt deze juridische positie ook expliciet tot uitgangspunt genomen. Kortom, het MSB verricht geen werkzaamheden in opdracht van het ziekenhuis, maar er is ook na 2015 sprake van een zelfstandige praktijkuitoefening door vrijgevestigde medisch specialisten in samenwerking met het ziekenhuis waarbij ziekenhuis en de medisch specialisten vrij beroepsbeoefenaren beiden vanuit hun eigen contractuele verantwoordelijkheden, uit hoofde van de geneeskundige behandelingsovereenkomsten met de patiënten, in samenwerking met elkaar en het ziekenhuis, kwalitatief goede en verantwoorde medisch specialistische zorg dienen te verlenen aan hun opdrachtgevers: de patiënten.

Daar komt bij dat de integrale bekostiging en de oprichting van MSB's er vanaf 2015 ook toe heeft geleid dat er een sterke ontwikkeling op gang is gekomen waarbij een overlegtafel tussen ziekenhuis en medisch specialisten is ontstaan. Dit betreft niet alleen de integratie en het verenigen van de belangen van de medisch specialisten vrijberoepsbeoefenaren, maar in toenemende mate vindt ook een steeds verdere integratie plaats met de medisch specialisten in dienstverband. De zogenaamde combi-coöperaties waarin zowel het MSB als de vereniging medische staf als de

---

42. Zie in dit verband ook: J.H. Hubben en J.G. Sijmons, 'Herpositionering van ziekenhuis en vrijgevestigd medisch specialist in hun civielrechtelijke verhouding' TvGR 1999, p. 2 – 16.

43. *Kamerstukken II*, 2014/15, 25424, nr. 284.

vereniging medische staf dienstverband worden verenigd, zijn daarvan duidelijke voorbeelden.

### **3.3. Conclusie**

Vanaf de tweede helft van de 20<sup>e</sup> eeuw is de verhouding tussen de medisch specialist vrij beroepsbeoefenaar en het ziekenhuis een aantal malen aan verandering onderhevig geweest. In 2000 werd de Integratiewet ingevoerd en het zogenaamde 'via declareren'. In 2006 trad het nieuwe zorgstelsel in werking en kort daarna deden de DBC's hun intrede.

Voor zover daarbij verschillen in honoraria tussen specialisten en ongewenste productieprikkels waren ontstaan, werden die in 2012 weggenomen met de komst van honorariumomzetplafonds en stafmaatschappen die interne verdeel- en productieafspraken maakten. In 2015 volgde de invoering van integrale bekostiging en het afschaffen van 'via declareren'. Toen ging het om de keuzevrijheid van de medisch specialist om zijn werkzaamheden in dienstverband of in vrije vestiging uit te oefenen, te behouden. Met de komst van MSB's in 2015 zijn in Nederland Samenwerkingsmodellen ontstaan waarbij ziekenhuizen en MSB's als gezamenlijk opdrachtnemer van de patiënt samenwerken om goede zorg te verlenen aan de patiënt.

## 4. Gelijkgerichtheid en kostenbeheersing

In dit hoofdstuk geven wij een nadere reflectie op de vooronderstellingen die ten grondslag liggen aan de beleids optie voor een verplicht dienstverband voor medisch specialisten. De vooronderstellingen zijn tweeledig. Enerzijds wordt verondersteld dat de invoering van een verplicht dienstverband de gelijkgerichtheid en belangenparallelliteit vergroot en daarmee de bestuurbaarheid van het ziekenhuis en anderzijds zou de invoering van een verplicht dienstverband leiden tot kostenbeheersing.

### 4.1. Geïstitutionaliseerde gelijkgerichtheid en belangenparallelliteit

Wij stellen voorop dat wij het AKD-Rapport volgen in de definiëring van gelijkgerichtheid en constateren aanvullend dat dit geen juridisch gedefinieerd begrip is maar vooral een begrip dat in de politiek-maatschappelijke discussie over de positie van vrijgevestigde medisch specialisten wordt gebruikt om de wenselijkheid van een gezamenlijk streven van ziekenhuis en medisch specialisten naar kwaliteit en doelmatigheid van de patiëntenzorg te duiden.<sup>44</sup>

Op basis van één concrete casus over de moeizame totstandkoming van een Geïntegreerd Vasculair Centrum en anonieme interviews met (oud) ziekenhuisbestuurders komt AKD tot de conclusie dat ziekenhuisbestuurders menen dat de zakelijke verhoudingen tussen het ziekenhuis en vrijgevestigde medisch specialisten een spanningsveld oproept dat van negatieve invloed is op de slagvaardigheid en effectiviteit van de bestuurbaarheid van een ziekenhuis. Terecht wijst het AKD-Rapport er ons inziens op dat de mate waarin die spanning de besturing van het ziekenhuis beïnvloedt, afhankelijk is van tal van factoren, waarbij niet in de laatste plaats ook persoonlijke verhoudingen tussen ziekenhuisbestuurders en MSB-bestuurders een belangrijke rol spelen. In dat verband constateert het AKD-Rapport dat een goed bestuurde MSB de bestuurbaarheid van het ziekenhuis kan vergroten. Er zou echter met de aanwezigheid van een MSB binnen het ziekenhuis een zogenaamd 'geïstitutionaliseerd belangenconflict' aanwezig zijn dat volgens AKD nooit zal verdwijnen.

Allereerst constateren wij dat deze conclusies naar ons oordeel gebaseerd zijn op een te eenzijdige opzet van de analyse. Bovendien schiet de gehanteerde onderzoeksmethode (kwalitatief onderzoek door middel van geanonimiseerde interviews) in veel opzichten tekort en voldoet zij niet aan de zorgvuldigheidsstandaarden die gebruikelijk zijn bij dergelijke kwalitatieve onderzoeksmethoden.<sup>45</sup> Wij duiden het als te beperkt en onzorgvuldig dat gebruik is

---

44. Zie o.a.: Aanbevelingen ter bevordering van gelijkgerichtheid: Gelijkgerichtheid binnen het thema Juiste Zorg op de Juiste Plek, SiRM, mei 2019.

45. Zie voor gebruikelijke eisen die gesteld worden aan kwalitatief onderzoek: Fred Wester en Vincent Peters, Kwalitatieve Analyse, Uitgangspunten en procedures, Bussum: Uitgeverij Coutinho, 1 juni 2004.

gemaakt van anonieme gesprekspartners, er geen inzicht wordt gegeven in de gehanteerde vragenlijsten, er geen (geanonimiseerde) en door gesprekspartners geaccordeerde gespreksverslagen als bijlage zijn bijgevoegd, er geen enkele methodische verantwoording wordt gegeven over de vraag of er wel representatieve conclusies verbonden kunnen worden aan de uitkomsten van het uitgevoerde kwalitatieve onderzoek. Kortom, vanuit rechtswetenschappelijk perspectief kunnen naar ons oordeel vraagtekens geplaatst worden bij de onderbouwing van dit deel van het ADK-Rapport.

Daar komt bij dat in het AKD-Rapport onvoldoende oog is voor de 'geïnstitutionaliseerde belangenparallelliteit' en de 'geïnstitutionaliseerde gelijkgerichtheid' die juist besloten liggen in de rechtsverhoudingen tussen de vrijgevestigde medisch specialisten en het ziekenhuis. Het AKD-Rapport gaat in de analyse van de vraag in hoeverre er sprake is van gelijkgerichtheid namelijk opnieuw ten onrechte voorbij aan het feit dat met de invoering van de integrale bekostiging en het ontstaan van medisch specialistische bedrijven door de wetgever niet is beoogd een wijziging aan te brengen in de tot dan toe bestaande rechtsverhoudingen tussen vrijgevestigde medisch specialisten en patiënten enerzijds het ziekenhuis en de patiënten anderzijds. Dit betekent dat zowel het ziekenhuis als de vrijgevestigde medisch specialisten gezamenlijk opdrachtnemer zijn en blijven van de patiënt.

Wij wijzen erop dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst juridisch kwalificeert als een 'bijzondere overeenkomst van opdracht' die (van rechtswege) tot stand komt wanneer een patiënt zich voor medisch specialistische zorg en behandeling wendt tot een ziekenhuis en (vrijgevestigde) medisch specialist. De overeenkomst komt tot stand tussen betrokken partijen.<sup>46</sup> Zowel het ziekenhuis als de vrijgevestigde medisch specialist zijn uit hoofde van hun opdrachtnemerschap zodoende beide jegens de patiënt contractueel verplicht om kwalitatief goede en doelmatige zorg te leveren die voldoet aan de daarvoor geldende professionele standaarden.<sup>47</sup> Deze contractuele verplichtingen van het ziekenhuis en de vrijgevestigde medisch specialisten lopen daarin volledig parallel en zijn juridisch gezien volledig gelijkgericht. Dat wordt ook bevestigd door zelfstandige aansprakelijkheidsrisico's die een medisch specialist vrij beroepsbeoefenaar loopt. Uit hoofde van de tussen deze specialist en de patiënt gesloten geneeskundige behandelingsovereenkomst is een medisch specialist vrijberoepsbeoefenaar zelf ook rechtstreeks aansprakelijk naast het ziekenhuis in geval van tekortkomingen of fouten. Om die reden worden tussen ziekenhuizen en MSB's ook afspraken gemaakt over het verzekeren van de medische aansprakelijkheidsrisico's.

Vanuit deze contractueel geïnstitutionaliseerde belangenparallelliteit en gelijkgerichtheid wordt vervolgens een samenwerking vormgegeven die naar zijn aard

---

46. Deze lezing van de rechtsverhoudingen wordt ook bevestigd in de rechtswetenschappelijke literatuur. Zie: R.P. Wijne, 'De geneeskundige behandelingsovereenkomst', Deventer: Wolters Kluwer, november 2017.

47. Artikel 7:453 Burgerlijk Wetboek.

gericht is op het gezamenlijk leveren van doelmatige, kwalitatief verantwoorde patiëntenzorg. Dat er daarnaast vanzelfsprekend nog individuele organisatie- en bedrijfsbelangen spelen van het ziekenhuis enerzijds en van het MSB anderzijds, rechtvaardigt ons inziens onvoldoende de conclusie dat er daarom in de huidige rechtsverhouding sprake zou zijn van een 'geïnstitutionaliseerd belangenconflict'. Dat geeft een te eenzijdig en onvolledig beeld en doet geen recht aan de daadwerkelijke rechtsverhoudingen.

Wij vinden steun voor deze conclusie in de recent verschenen monitor van de NZa waarin onderzoek is gedaan naar de gelijkgerichtheid in de financiële afspraken tussen ziekenhuizen en MSB's, mede in relatie tot de afspraken met de zorgverzekeraars. De NZa komt daarin tot de volgende conclusie:

*"(...) van alle afspraken tussen de dominante zorgverzekeraars, de ziekenhuizen en de msb's is 84% gelijkgericht. Het gaat dan om afspraken waaruit eenzelfde financiële prikkel volgt voor de ziekenhuizen en msb's."*<sup>48</sup>

Eerder heeft de NZa in 2016, twee jaar na de oprichting van MSB's een analyse gemaakt van de gevolgen voor de samenwerking waarin ook veel aandacht is besteed aan het punt van de gelijkgerichtheid en belangenparallelliteit. De NZa concludeerde in 2016 het volgende:

*"Met de invoering van integrale tarieven in de medisch specialistische zorg beoogde de minister van VWS vier doelstellingen te bereiken:*

*(...) 3. Het meer op één lijn brengen van de belangen van de instelling en de belangen van de vrijgevestigde medisch specialisten. (...)*

*De NZa heeft aan veldpartijen gevraagd in hoeverre zij vinden dat deze doelstellingen gerealiseerd zijn. Partijen geven unaniem aan dat de doelstellingen nog niet gerealiseerd zijn, maar dat het op dit moment nog te vroeg is om definitieve conclusies te trekken. (...) Zowel ziekenhuisbesturen en MSB's als raden van toezicht noemen daarbij in het bijzonder doelstelling 3. De onderlinge relatie tussen de verschillende entiteiten binnen een instelling is bij deze ziekenhuizen zichtbaar verbeterd. Die entiteiten zijn gelijkwaardiger en intensiever betrokken bij het opstellen van instellingsbeleid. Hierdoor is er een gemeenschappelijk belang en wordt er een meer gemeenschappelijk doel nagestreefd binnen een instelling.*<sup>49</sup>

In de NZa monitor 'Integrale bekostiging medisch-specialistische zorg 2018' wordt dit beeld bevestigd en rapporteert de NZa dat ook de ziekenhuizen in overwegende mate

---

48. 'Monitor MSZ 2020-2021, Onderzoek naar gelijkgerichtheid en financiële prikkels', Nederlandse Zorgautoriteit 3 juni 2021.

49. 'Monitor Integrale bekostiging medisch-specialistische zorg', Nederlandse Zorgautoriteit december 2016, p. 48. 'Monitor Integrale bekostiging medisch-specialistische zorg', Nederlandse Zorgautoriteit oktober 2018.



positief of neutraal zijn als het gaat om het realiseren van de doelstellingen van de integrale bekostiging, meer in het bijzonder van de gelijkgerichtheid tussen ziekenhuizen en medisch specialistenvrij beroepsbeoefenaren.<sup>50</sup>

Kortom, naast de via de geneeskundige behandelovereenkomsten geïnstitutionaliseerde gelijkgerichtheid op kwaliteit, veiligheid en doelmatigheid van de patiëntenzorg, bevestigen ook de onderzoeken van de NZa al enkele jaren dat in verreweg de grote meerderheid van de rechtsverhoudingen ook sprake is van een belangenparallelliteit en financiële gelijkgerichtheid tussen MSB's en ziekenhuizen.

Hierboven citeerden wij ook al uitgebreid uit de brief van de minister voor Medische Zorg van 27 november 2020, waarin zij constateert dat inmiddels sprake is van een bepaalde mate van stabiliteit en rust wat betreft de samenwerkingsmodellen. Volgens haar zijn er goede voorbeelden van ziekenhuizen die zich gelijkgericht organiseren. Voorts tekent zij aan dat er meerdere manieren zijn om dat te bereiken.<sup>51</sup>

Vanwege de methodische gebreken die kleven aan de gehanteerde onderzoeksmethodiek en het daaraan verbonden inherente biasrisico's kunnen wij de conclusies uit het AKD-Rapport niet volledig onderschrijven. Wij menen dat in het AKD-Rapport te eenzijdig het accent wordt gelegd op een vermeend geïnstitutionaliseerd belangenconflict. Deze conclusie doet naar ons oordeel geen recht aan de door de NZa en de Minister van Medische Zorg geconstateerde ontwikkeling die ziekenhuizen en MSB's hebben doorgemaakt in de afgelopen jaren naar het verder toewerken naar gelijkgerichtheid en belangenparallelliteit.

Daar komt bij dat met de oprichting van de MSB's bovendien de gelijkgerichtheid tussen de vrijgevestigde specialismen ons inziens onderling ook verder is vergroot en er sprake is van een duidelijke overlegtafel tussen ziekenhuisbestuur en MSB-bestuur. De ontstane juridische samenwerkingsstructuren bieden daarom juist grote voordelen als het gaat om 'checks and balances' waarbij de nog resterende verschillende belangen en perspectieven juist ook kunnen leiden tot zorgvuldiger en evenwichtiger besluitvorming en koersbepaling door ziekenhuisbesturen en MSB-besturen, waarbij de uitkomst dan bovendien op draagvlak van de medisch specialisten kan rekenen. De uitkomsten van dergelijk overleg en samenwerking kan dan juist een voordeel bieden voor de bestuurlijke slagvaardigheid, zowel vanuit het perspectief van het ziekenhuisbestuur als vanuit het perspectief van het MSB-bestuur.

#### **4.2. Enkele reflecties op de kostenbeheersingsanalyse**

AKD heeft voorts met betrekking tot de vooronderstelling dat een verplicht dienstverband zou leiden tot een kostenbesparing, onderzocht in hoeverre deze veronderstellingen juist is. Daarbij gaat het erom dat met een verplicht dienstverband

---

51. Zie voetnoot 24.

een 'volume prikkel' zou worden weggenomen waardoor er minder zorg wordt geleverd. In de tweede plaats heeft AKD de hypothese onderzocht dat een ziekenhuis meer betaalt voor een vrijgevestigde medisch specialist dan een medisch specialist in dienstverband.

Wij stellen voorop dat een analyse van verwachte financiële effecten (kostenbesparing) van het wegvallen van volume prikkels en overige kostenbeheersingseffecten niet behoren tot het expertisegebied van juristen en advocaten. Wij betreden hier het domein van financials, economen en econometristen. Wij menen om die reden dat juristen en advocaten daarom terughoudendheid zouden moeten betrachten bij het beantwoorden van dergelijke onderzoeksvragen die strikt genomen niet behoren tot het juridisch expertisegebied.

In die zin onderschrijven wij de voorzichtige conclusie van het AKD-Rapport dat de onderbouwing van de bezuiniging in het deelrapport 2 van de Brede Maatschappelijke Heroverweging, 'Naar een toekomstbestendig zorgstelsel' van 22 april 2020, de nodige vragen oproept. Daarnaast onderschrijven wij hun conclusie dat volume prikkels en financiële prikkels in een systeem ook functioneel kunnen zijn, mede in het licht van groeiende vraag naar medisch specialistische zorg. In dit verband wijzen wij er volledigheidshalve op dat het recente onderzoek van de NZa laat zien dat reeds in 84% van de ziekenhuizen de financiële afspraken die het ziekenhuis maakt met de zorgverzekeraars gelijkgericht is met de financiële afspraak die het ziekenhuis maakt met het MSB. Wij wijzen erop dat de regierol voor het beheersen van volumes en het creëren van financiële prikkels overigens primair ligt bij de zorgverzekeraars, vanwege de op hen rustende zorgplicht jegens hun verzekerden. Vanwege de grote mate van financiële gelijkgerichtheid die thans bestaat tussen ziekenhuizen en MSB's is het niet aannemelijk dat daarin nog resterende volume prikkels een probleem of juridische belemmering zouden vormen in de komende jaren voor verdere kostenbeheersingsmaatregelen vanuit de overheid en de zorgverzekeraars. Het valt ons inziens niet goed in te zien dat dergelijke maatregelen beter geëffectueerd zouden kunnen worden met medisch specialisten in dienstverband dan met medisch specialisten in vrije vestiging.

Naar ons oordeel gaat het AKD-Rapport in de juridische analyse van de rechtspositie van de medisch specialisten in de periode van voor 2015 ten onrechte voorbij aan het effect dat de invoering van de honorariumomzetplafonds per 2012 heeft gehad, zoals hiervoor besproken in par. 3.1. Het AKD-Rapport suggereert dat tot 2015 de vrijgevestigde medisch specialisten, anders dan de specialist in dienstverband, beter in staat zouden zijn om het eigen inkomen te verhogen door meer patiënten te behandelen – in ziekenhuisjargon: 'productie' te draaien. Deze suggestie vindt met het oog op de invoering van de honorariumomzetplafond per 2012 naar ons oordeel geen grond in een volledige en adequate juridische analyse omdat als gevolg van de overheidsmaatregelen vanaf 2012 de tot dan toe bestaande 'honorarium productieprikkel' reeds vergaand werd teruggedrongen in het systeem. Tevens zijn hierdoor de inkomens van medisch specialisten vrij beroepsbeoefenaren

teruggebracht naar een niveau dat vergelijkbaar is met dat van medisch specialisten in dienstverband en zijn de inkomensverschillen door onderlinge afspraken binnen MSB's gemitigeerd. Daar komt bij dat de hoofdlijnenakkoorden de afgelopen jaren steeds een effectief instrument zijn gebleken om afspraken te maken over kostenbeheersing. Deze afspraken werken in de praktijk rechtstreeks door in de verhoudingen tussen ziekenhuizen en medisch specialisten. De financiële gelijkgerichtheid tussen MSB's en ziekenhuizen leidt er dan toe dat indien door de zorgverzekeraars een 'nullijn' wordt overeengekomen met de ziekenhuizen als het gaat om groeiruimte in het omzetplafond, deze nullijn volledig doorwerkt in de honorering en ook de MSB's dientengevolge deze nullijn volgen.

### **4.3. Conclusie**

Als redenen voor het van overheidswege opleggen van een dienstverband, worden genoemd 'gelijkgerichtheid' en 'kostenbeheersing'.

De conclusie in het AKD-Rapport dat sprake zou zijn van een 'geïnstitutioniseerd belangenconflict' is onvoldoende onderbouwd. Daarmee ligt het risico van framing op de loer. Op basis van de aard van de rechtsverhouding (samenwerking) zou eerder gesproken kunnen worden over 'belangenparalleliteit'. Al in 2016 constateerde de NZa dat de onderlinge verhoudingen met de komst van MSB's zijn verbeterd en vanuit een gemeenschappelijk belang naar een gemeenschappelijk doel wordt gestreefd. Dat de belangen meer gelijklopen en dat uit de praktijk blijkt dat er meerdere manieren zijn om dat te bereiken is ook de strekking van de brief van Kamerbrief van de minister voor Medisch Zorg van november 2020.

Het AKD-Rapport is terecht terughoudend met het doen van aannames over een mogelijke kostenbeheersing die door een overgang naar dienstverband zou kunnen worden gerealiseerd. In de praktijk blijkt sprake te zijn van een grote mate van financiële gelijkgerichtheid. Zo er ooit sprake was van een prikkel om 'zoveel mogelijk productie te draaien' is, die jaren geleden al weggenomen door onder meer de invoering van honorariumplafonds.

## 5. Nadere analyse wettelijke mogelijkheden

In dit hoofdstuk geven wij een contra-analyse op de in het AKD-Rapport gesuggereerde wetgevingsroutes waarlangs een verplicht dienstverband zou kunnen worden ingevoerd en gaan wij in op de mogelijkheden om medisch specialisten onder de reikwijdte van de Wet normering topinkomens te brengen.

### 5.1. De juridische haalbaarheid van de WTZa als wetgevingsroute

In het AKD-Rapport is onderzocht welke bestaande wetten een geschikt kader zouden kunnen vormen om een verplicht dienstverband voor medisch specialisten vorm te geven. De uitgangspunten, opzet en analyse in het AKD-Rapport kunnen wij weliswaar goed volgen, maar wij constateren ook dat de analyse oppervlakkig is waardoor juridische belemmeringen in de uitvoering over het hoofd lijken te zijn gezien.

Wij delen de conclusie dat, indien de wetgever zou besluiten tot het invoeren van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten, het meest voor de hand liggende wettelijke kader daarvoor in beginsel gevonden kan worden in de Wet toetreding zorgaanbieders (WTZa). Het is vanuit een juridisch en systematisch perspectief logisch om dan aan te haken bij de vergunningsvoorschriften die op basis van deze wet gesteld kunnen gaan worden aan zorgaanbieders. De voorschriften in de WTZa zien op eisen die onder meer gesteld kunnen worden aan de bestuursstructuur en ordelijke bedrijfsvoering. Terecht wijst AKD er ook op dat de wetgever met de WTZa en het stellen van vergunningsvoorschriften aan de vergunning van de ziekenhuizen, evenals bij de Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg (Wkkgz) het geval is, daarmee het doel nastreeft om de kwaliteit van de zorg te bevorderen.

Opvallend is dan ook dat AKD ten aanzien van de mogelijkheden om een verplicht dienstverband via de Wkkgz af te dwingen, dit niet voor de hand vindt liggen omdat er geen enkele aanwijzing is dat vrijgevestigde medisch specialisten vanwege hun status geen goede zorg zouden leveren en aldus het belang dat de Wkkgz beoogt te beschermen, in gevaar zou zijn. Het valt vanuit het oogpunt van consistentie in de juridische onderbouwing niet goed in te zien waarom dit argument dragend zou zijn om de Wkkgz als minder geschikt te beoordelen, terwijl AKD dat bij de geschiktheidsbeoordeling van de WTZa in het geheel geen rol laat spelen. Dit is inconsequent omdat vergunningsvoorschriften op grond van de WTZa dezelfde gerichtheid hebben op het waarborgen van kwaliteit als het geval is bij de Wkkgz. Immers, de WTZa beoogt volgens de Memorie van toelichting niet alleen te toetsen dat zorgaanbieders bij aanvang van hun activiteiten beschikken over *"een transparante en ordelijke bestuursstructuur en bedrijfsvoering, zoals nu het geval is, maar ook op de aanwezige voorwaarden voor een goede kwaliteit van zorg. Inhoudelijk*

*uitgangspunt zijn de al bestaande eisen van de Wkkgz.*"<sup>52</sup> Een verplicht dienstverband zou dus ook bij het onderbrengen van de wetwijziging in de Wtza gebaseerd moeten worden in de kwaliteitseisen van de Wkkgz ('goede zorg'). Het AKD-Rapport erkent zelf dat er geen inherent verband is tussen dienstverband en kwaliteit.

Daar komt bij dat de WTZa een vergunningsregime zal kennen. Bij de inwerkingtreding van de WTZa per 1 januari 2022 is daarbij voorzien in overgangsrecht. Van rechtswege vindt er een omzetting plaats van de huidige WTZi-toelatingen voor medisch specialistische zorg naar een toelatingsvergunning onder de WTZa. Daarmee beschikken de ziekenhuizen vanaf 1 januari 2022 automatisch over WTZa-vergunningen voor onbepaalde tijd, zonder dat aan deze vergunningen de voorwaarde is verbonden dat de medisch specialistische zorg uitsluitend verleend mag worden door medisch specialisten in dienstverband. Deze vergunningen kunnen niet zonder meer worden gewijzigd of ingetrokken. Wij wijzen er in dit verband op dat de wetgever, maar meer in het bijzonder het Centraal Informatiepunt Beroepen Gezondheidszorg (CIBG) dat ook onder de WTZa belast zal worden met het verlenen, wijzigingen of intrekken van WTZa-vergunningen, gebonden is aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Het AKD-Rapport suggereert dat de vergunningsroute een voor de hand liggende en relatief eenvoudige route is voor de wetgever om een verplicht dienstverband te implementeren. Wij menen evenwel dat deze route in de praktijk juridisch aanmerkelijk complexer zal zijn dan het AKD-Rapport op dit punt suggereert.

De beginselen van behoorlijk bestuur, meer in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel, rechtsgelijkheidsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel werpen naar ons oordeel namelijk serieuze juridische drempels op als het gaat om de haalbaarheid en de uitvoerbaarheid van de in het AKD-Rapport gesuggereerde WTZa-route.

Het na tientallen jaren (ambtshalve) wijzigen van de vergunningsvoorschriften zal de betrokken ziekenhuizen namelijk in een juridisch complexe situatie brengen. Enerzijds gelden er voor de ziekenhuizen contractuele verplichtingen jegens de zorgverzekeraars tot het verlenen van medisch specialistische zorg aan hun verzekerden. Daarnaast gelden er contractuele en langlopende samenwerkingsafspraken met het MSB en de vrijgevestigde medisch specialisten tot het gezamenlijk verlenen van medisch specialistische zorg aan patiënten die zich toevertrouwen aan de zorg van het ziekenhuis en de vrijgevestigde medisch specialisten. Verder hebben de patiënten geneeskundige behandelingsovereenkomsten met zowel het ziekenhuis als met de vrijgevestigde medisch specialisten en zijn beide partijen uit hoofde van deze (van rechtswege) ontstane overeenkomsten van opdracht, verplicht tot het verlenen van medisch specialistische zorg. Het ziekenhuis dreigt met een wijziging van de vergunningsvoorschriften in een juridisch complexe situatie terecht te komen waarbij

---

52. *Handelingen II*, 2016/17, 34 767, nr. 3, p. 21

het ziekenhuis niet langer haar contractuele verplichtingen jegens het MSB en de vrijgevestigde medisch specialisten zal kunnen nakomen en mogelijk ook schadeplichtig zal worden jegens het MSB en de daaraan verbonden vrijgevestigde medisch specialisten. Die schadeplichtigheid zal kunnen ontstaan als gevolg van de tekortkoming door het ziekenhuis in de nakoming van verplichtingen uit hoofde van de Samenwerkingsovereenkomst of het op onrechtmatige gronden beëindigen van die Samenwerkingsovereenkomst. Immers, het ziekenhuis heeft zich ook jegens de vrijgevestigde medisch specialisten verplicht tot het leveren van verpleging, verzorging en beschikbaar stellen van medische apparatuur en ondersteuning, zodat ook de vrijgevestigde medisch specialisten op hun beurt kunnen voldoen aan hun verplichtingen uit hoofde van de geneeskundige behandelingsovereenkomst jegens hun patiënten. Het staat een ziekenhuis mede om die reden vanuit juridisch perspectief ook niet zonder meer vrij om de Samenwerkingsovereenkomst te beëindigen.

Daarnaast heeft een dergelijk vergunningsvoorschrift tot gevolg dat er in feite een gedwongen 'ontneming en overdracht' van de vrijgevestigde medisch specialistische praktijkaandelen plaatsvindt naar het ziekenhuis. Het is, mede gelet op de inhoud van de Samenwerkingsovereenkomsten waarin het ziekenhuis expliciet het recht respecteert dat een vrijgevestigde medisch specialist een goodwill dragende praktijk uitoefent binnen het ziekenhuis, vanuit juridisch perspectief zonder meer denkbaar dat het ziekenhuis dan een goodwillvergoeding verschuldigd zal zijn aan het MSB of de daaraan verbonden vrijgevestigde medisch specialisten in verband met de alsdan van rechtswege verworven praktijk. Indien een MSB en de vrijgevestigde medisch specialisten evenwel collectief zouden weigeren hun medewerking aan deze praktijkoverdracht te verlenen en bovendien collectief zouden weigeren om een arbeidsovereenkomst te sluiten, dan kan het ziekenhuis niet langer haar verplichtingen jegens de zorgverzekeraars en de patiënten nakomen, waardoor het ziekenhuis ook jegens deze beide partijen het risico loopt in juridische procedures terecht te komen en schadeplichtig wordt wegens het niet nakomen van haar verplichtingen.

Daar komt bij dat het ziekenhuis primair adressant is van het besluit tot wijziging van de WTZA-vergunning waartegen bestuursrechtelijke rechtsbescherming zal openstaan van bezwaar, beroep en hoger beroep. Mede tegen de achtergrond van de juridisch complexe situatie waarin ziekenhuizen als gevolg van deze wetgevingsroute terecht zouden komen, is niet ondenkbaar dat veel ziekenhuizen ervoor zullen kiezen om zich te verzetten tegen wijziging van de vergunningsvoorschriften. Dat leidt tot een juridisering van de verhouding tussen de ziekenhuizen en de minister van VWS, als wettelijk eindverantwoordelijke voor het wijzigen van de vergunningsvoorschriften. In het licht van de voornoemde beginselen van behoorlijk bestuur (rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en zorgvuldigheid) is ook geenszins ondenkbaar dat een wijziging van de vergunningsvoorschriften die strekken tot een verplicht dienstverband, alleen de toets der rechtmatigheid zal kunnen doorstaan indien voldaan wordt aan de vereisten van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat betreft een vergelijkbare toets als het gaat om de beoordeling van de verenigbaarheid van de inbreuken op de Europeesrechtelijk



verankerde rechten op het vrije verkeer van diensten, vestiging en ondernemerschap. Het AKD-Rapport constateert in dat verband terecht (p. 42) dat er geen actueel onderzoek voor handen is waaruit de noodzaak blijkt dat een vergaande maatregel als een verplicht dienstverband voor medisch specialisten ook deze proportionaliteit en subsidiariteitstoets zal kunnen doorstaan. Daarmee is er naar ons oordeel een grote kans dat ziekenhuizen en MSB's zich met succes via de bestuursrechter zullen kunnen verzetten tegen eventuele (van rechtswege) intredende wijzigingen van de WTZa-vergunningsvoorschriften.

De geschetste uitvoeringsproblemen zullen naar ons oordeel, mede gelet op de complexiteit van de juridische verhoudingen, maar beperkt kunnen worden ondervangen door overgangsrechtelijke bepalingen. Het lijkt er dan ook op dat in het AKD-Rapport alleen een zeer globale hoofdpuntenanalyse is uitgevoerd met betrekking tot de vraag welk wettelijk kader het meest passend is. In deze analyse wordt evenwel voorbijgegaan aan de complexe juridische situatie waarin ziekenhuizen gebracht zullen worden als de in het AKD-Rapport voorgestelde wetgevingsroute wordt gevolgd. Ziekenhuizen, medisch specialisten en de overheid zelf lopen bij aanpassing van de WTZa en de WTZa-vergunning het reële risico te worden getrokken in een veelheid van juridische procedures en een langdurige, maatschappelijk onwenselijke en kostbare juridisering van de verhoudingen ten nadele van de patiënten. Dat risico zou alleen kunnen worden ondervangen door een goed doordachte en voldoende ruimhartige overgangsregeling.

Los daarvan menen wij dat een wettelijke aanpassing van het in de WTZa neergelegde vergunningenregime in strijd zal komen met het Europeesrechtelijke verdragsverplichtingen, meer in het bijzonder het vrije verkeer van diensten, het recht op vrije vestiging en het recht op vrij ondernemerschap. De conclusie in het rapport, dat een verplicht dienstverband eenvoudig kan worden gerealiseerd via de WTZa delen wij daarom niet.

## **5.2. Analyse van de mogelijkheden onder de WNT**

Met AKD zijn wij het eens dat de Wet normering topinkomens ("WNT") geen juridische grondslag biedt of kan bieden voor het verplicht stellen van dienstverband voor medisch specialisten. Ook zijn wij het met AKD eens dat de toepassing van de WNT geen of weinig invloed heeft op de gelijkgerichtheid en bestuurbaarheid. De WNT reguleert immers uitsluitend bezoldigingen en geen dienstverbanden. De WNT is zelfs zo opgesteld dat deze van toepassing is op topfunctionarissen met een arbeidsovereenkomst alsmede topfunctionarissen die op basis van overeenkomst van opdracht of een andersoortige titel tegen betaling de opgedragen taken uitvoeren. Een verplichting invoeren om bepaalde groepen in dienstverband te laten werken (uitbreiding van de personele reikwijdte) zou derhalve het karakter van de wet aantasten en vergt een ingrijpende aanpassing en uitbreiding van de WNT.

Dat de WNT zich voorts alleen richt op topfunctionarissen, wordt door AKD wel benoemd maar ogenschijnlijk snel gepareerd door twee eenvoudige aanpassingen voor te stellen om medisch specialisten onder de reikwijdte van de WNT te brengen.<sup>53</sup> Het AKD-Rapport gaat daarbij aan het volgende voorbij:

- a. Het generieke karakter van de WNT verzet zich naar haar aard tegen het specifiek reguleren van medisch specialisten als (enige) uitzondering op het topfunctionarisbegrip. Het levert niet alleen een wezenlijke verandering op van de aard van de WNT maar kan tevens een (ongewenste) precedentwerking hebben op andere 'normale' werknemers.
- b. Een eerder voorstel om de reikwijdte van de WNT generiek uit te breiden naar alle personen werkzaam bij een WNT-instelling<sup>54</sup>, is in 2017 ingetrokken door het toenmalige kabinet vanwege de mogelijke beperkende werking op het aantrekken van schaarse specialisten (in algemene zin). Daarbij werd verwezen naar het advies van de Afdeling Advisering van de Raad van State, die zich bijzonder kritisch uitliet over het wetsvoorstel (zie hieronder).
- c. Het genoemde wetsvoorstel zag uitsluitend op niet-topfunctionarissen met een arbeidsovereenkomst bij de WNT-instelling. Expliciet uitgesloten waren in dat verband interim-medewerkers, maar ook andere zelfstandigen zouden hieronder kunnen worden geschaard. De wetgever overwoog in dat verband dat er mogelijk een ander instrumentarium bestaat om inhuurkosten te beperken, bijvoorbeeld door het hanteren van maximale uurtarieven door WNT-instellingen.<sup>55</sup>
- d. Het wetsvoorstel maakte bovendien een uitzondering voor medisch specialisten, omdat binnen de sector eerder was overeengekomen dat vrijgevestigd medisch specialisten niet onder de reikwijdte van de WNT zouden worden gebracht<sup>56</sup> en eenzelfde positie wenselijk was voor medisch specialisten in dienstverband. Bij deze uitzondering wordt door de wetgever ook verwezen naar de noodzaak om uitzonderingen op het bezoldigingsmaximum toe te staan omdat sprake kan zijn van "sectorspecifieke complicerende factoren, zoals marktwerking, internationale concurrentie, het bijzondere karakter van bepaalde functies (specialistische kennis) en daaraan gekoppelde, veelal uiteenlopende wijzen van beloningssystemen."<sup>57</sup>
- e. Meer in het bijzonder geldt onder de huidige WNT dat medisch specialisten (vrijgevestigd en in dienstverband) expliciet zijn uitgezonderd van de werking van de WNT voor zover zij de functie van topfunctionarissen als bedoeld in de WNT in deeltijd uitoefenen. Artikel 1.5a WNT – waarnaar AKD ook verwijst – ziet dus alleen op de positie van de medisch specialist als (parttime) topfunctionaris en niet zo zeer op de positie van medisch specialist in het algemeen. Het schrappen

---

53. Rapport, hoofdstuk VI.6, p.38 waarin AKD stelt dat artikel 1.5a WNT moet worden geschrapt en de 'medisch specialist' als normadressaat van de WNT moet worden toegevoegd.

54. Voorstel Wet uitbreiding personele reikwijdte WNT ook WNT-3 genoemd.

55. *Kamerstukken II* 34 818, nr. 3, § 2.4, pp. 6-7.

56. Zie Onderhandelaarsresultaat medisch specialistische zorg 2014 t/m 2017 van 16 juli 2013, p.5, beschikbaar via <https://zoek.officielebekendmakingen.nl/blg-241466>. Zie ook *Kamerstukken II* 29 248, nr. 257, Bijlage 241466.

57. *Kamerstukken II* 34 818, nr. 3, pp. 3-4.

van die bepaling maakt dus niet dat medisch specialisten – voor zover zij geen topfunctionaris zijn – onder de reikwijdte van de WNT worden of kunnen worden gebracht zonder dat daarvoor voldoende rechtvaardiging voor bestaat.

Met name ten aanzien van het ontbreken van voldoende rechtvaardiging voor de ingrijpende uitbreiding van de WNT, was de afdeling Advisering van de Raad van State ("Raad van State") bijzonder kritisch over het wetsvoorstel.<sup>58</sup> De Raad van State concludeerde dat het voor de voorgestelde uitbreiding van de personele reikwijdte noodzakelijk was dat eerst uitgebreid onderzoek moet worden gedaan naar de gewenste en ongewenste (neven)effecten. In dat kader werd nog verwezen naar het volledig ontbreken van dat onderzoek bij de introductie van de WNT-1 (introductie bezoldigingsmaximum) en de WNT-2 (verlaging bezoldigingsmaximum), waarbij het onderzoek naar de uitbreiding van de personele reikwijdte, ten minste eerst de gevolgen van die eerdere wetten in kaart gebracht moesten worden. Een tweede integrale wetsevaluatie is eind 2020 afgerond.<sup>59</sup> Daaruit volgt dat – ten aanzien van de topfunctionarissen – "niet [is] vast te stellen of zich niet-beoogde neveneffecten van de WNT voordoen of hebben voorgedaan op het gebied van loongebouw, omvang en samenstelling van bestuur en kwaliteit van bestuur. Op het gebied van arbeidsmobiliteit lijken er zich wel niet-beoogde invloeden van de WNT voor te doen." Er bestaat op basis van de evaluatie geen aanleiding te veronderstellen dat deze evaluatie aanleiding biedt om de uitbreiding van de personele reikwijdte van de WNT opnieuw te onderzoeken of als wetsvoorstel in te dienen.

De Raad van State heeft ten aanzien van die uitbreiding zelf een aantal interessante beschouwingen naar voren gebracht op grond waarvan zij in 2017 concludeerde dat het wetsvoorstel prematuur is en ten stelligste wordt afgeraden. Als gezegd, dient allereerst meer onderzoek gedaan te worden naar de nut en noodzaak van de uitbreiding van de personele reikwijdte, maar ook van de gewenste en ongewenste effecten van de regulering op het arbeidsaanbod. Dat geldt zeker als bij niet-topfunctionarissen wel onderscheid wordt gemaakt tussen contractvormen. Niet valt uit te sluiten dat de personele uitbreiding van de WNT naar personeel met een arbeidsovereenkomst leidt tot een toename van inhuurconstructies en uitstroom naar de private sector of het buitenland. Dat laatste geldt ook zeker indien alle personen in enige vorm werkzaam bij een WNT-instelling onder de reikwijdte wordt gebracht. De Raad van State stelt samengevat:

*"Beter inzicht in de effecten van de huidige WNT is noodzakelijk, alsmede onderzoek naar de mogelijke effecten van de voorgestelde uitbreiding. Bovendien zijn het nut en de noodzaak van het voorstel niet aangetoond. Deze conclusie leidt er bovendien toe dat een rechtvaardiging ontbreekt voor de beperking die het voorstel meebrengt op*

---

58. Advies Raad van State van 13 april 2017 (kenmerk: W04.17.0039/I), beschikbaar via <https://www.raadvanstate.nl/@64608/w04-17-0039/>, Zie ook Kamerstukken II 30 111, nr. 104, Bijlage 823346.

59. Zie Kamerbrief van 15 december 2020, Evaluatie Wet normering topinkomens 2016-2020, kenmerk: 2020-0000727745, beschikbaar via <https://www.topinkomens.nl/actueel/wetsevaluatie-2016-2020>.

*het in verschillende internationale verdragen neergelegde recht op vrij en collectief onderhandelen."*

Op grond van bovenstaande zien wij geen aanleiding, reden of rechtvaardiging om anderen dan topfunctionarissen nu onder de WNT te brengen. Niet is gebleken dat nu wel uitgebreid onderzoek is gedaan naar de nut, noodzaak en effecten van de WNT en waarom uitbreiding van de WNT naar niet-topfunctionarissen gerechtvaardigd zou zijn. Het AKD-Rapport noemt wel een aantal praktische bezwaren in de uitvoering, maar voert op dat onderdeel ook niets aan.

Daarbij geldt dat specifiek medisch specialisten tot nu toe van de werking van de WNT werden en worden uitgesloten. Dat maakt dat juist voor die doelgroep extra onderbouwing nodig is, waarbij wij het overig onwaarschijnlijk achten dat de WNT alleen voor die groep van toepassing kan worden als de wetgever – na de eerdere kritiek van de Raad van State – al bereid zou zijn de reikwijdte van de WNT uit te breiden naar niet-topfunctionarissen.<sup>60</sup>

### **5.3. Conclusie**

De suggestie dat invoering van een verplicht dienstverband relatief eenvoudig zou kunnen worden gerealiseerd via een wijziging van de WTZa en de WTZa-vergunning is naar ons oordeel onjuist. De oplossingsrichting van de WTZa is daarmee onvoldoende doordacht en is waarschijnlijk juridisch maar ook praktisch onuitvoerbaar. Los daarvan menen wij dat een wettelijke aanpassing van het in de WTZa neergelegde vergunningenregime in strijd zal komen met het Europeesrechtelijke verdragsverplichtingen, meer in het bijzonder het vrije verkeer van diensten, het recht op vrije vestiging en het recht op ondernemerschap.

Ook een aanpassing van de WNT is vooralsnog ongeschikt voor het creëren van een juridische grondslag voor een verplicht dienstverband voor medisch specialisten. Tevens ontbreekt gedegen onderzoek voor het matigen van de bezoldiging van niet-topfunctionarissen zodat medisch specialisten niet zonder meer onder de reikwijdte van de WNT kunnen worden gebracht.

---

60. Andere pogingen in 2018 en 2019 om de reikwijdte van de WNT uit te breiden naar topfunctionarissen bij onderaannemers in de zorgsector of naar WNT-gelieerde instellingen, zoals moeder- en dochtervennootschappen, zijn vooralsnog op niks uitgelopen.

## 6. Goodwill en schadeplicht

### 6.1. Praktijkaandelen en goodwillwaarde

Tegen de achtergrond van deze juridische kwalificatie van de rechtsverhoudingen constateren wij dat de begrippen ‘praktijkaandeel’, ‘waardering praktijkaandeel’ en ‘goodwill’ in de juridische analyse in het AKD-Rapport door elkaar zijn gaan lopen. Bij een zelfstandige medische praktijkuitoefening, waarbij een vrijgevestigde medisch specialist, anders dan een medisch specialist in dienstverband, zelfstandig geneeskundige behandelingsovereenkomsten sluit met de patiënten aan wie de zorg wordt verleend, bestaan de belangrijkste vermogenscomponenten van deze medisch specialistische praktijk uit het tot die praktijk behorende patiëntenbestand, en het tot die praktijk behorende relatiebestand van verwijzende hulpverleners (huisartsen, verloskundigen, bedrijfsartsen etc.).

Deze vermogenscomponenten (patiëntenbestand en relatiebestand) vormen daarmee de kernelementen van de medisch specialistische praktijk die ook wordt aangeduid met de term ‘goodwill’. Het AKD-Rapport versmalt de goodwill in haar analyse echter tot een vergoeding voor ‘toekomstige verdien capaciteit’. Daarmee doet de onvolledige definiëring van dit begrip, zoals gehanteerd door AKD, geen recht aan de ook tot de medisch specialistische praktijk te rekenen belangrijkste vermogenscomponenten (patiëntenbestand en relatiebestand).

Vanuit dit perspectief moet ons inziens ook het door Caraad-Belastingadviseurs gebezigde begrip ‘sleutelgeld’ worden begrepen waarnaar het AKD-Rapport verwijst.<sup>61</sup> Dit begrip houdt in dat een vergoeding wordt betaald voor toegang tot de medisch specialistische praktijk en daarmee toegang tot de beide belangrijkste vermogenscomponenten. Desgevraagd heeft Caraad-Belastingadviseurs dat ook aan ons bevestigd.

Vervolgens gaat het om de vraag wat de waarde van de medisch specialistische praktijk en de daartoe behorende vermogensbestanddelen is. Daarvoor is in de praktijk sinds jaar en dag een methodiek ontstaan waarbij de waarde wordt vastgesteld op één keer de gemiddelde structureel te achten jaarwinst die is gegenereerd over de drie jaren voorafgaand aan de praktijkoverdracht. Deze waardebepalingsmethodiek koppelt de waarde van de in de goodwill besloten liggende vermogenscomponenten, anders dan het AKD-Rapport veronderstelt, juist niet expliciet aan ‘toekomstige overwinst’ of ‘toekomstige verdien capaciteit’. De waarde wordt vastgesteld op het moment van de overdracht van het praktijkaandeel. Daarmee is ook de veronderstelling dat de goodwill overwegend een reflectie zou zijn van het vermogen om in de toekomst inkomen te genereren, ons inziens onjuist. De goodwillwaarde wordt in overwegende

---

61. Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen – rapportage goodwillvraagstuk (rapport van Caraad-Belastingadviseurs in opdracht van de Nederlands vereniging voor Ziekenhuizen), publicatiedatum onbekend.

mate bepaald door de waarde van de in het over te dragen praktijkdeel besloten liggende vermogenscomponenten.

Anders dan het AKD-Rapport stelt ligt het naar ons oordeel ook niet voor de hand dat een medisch specialist goodwill zou moeten betalen aan het ziekenhuis of aan het MSB omdat de concurrentiekracht van de individuele medisch specialist beperkt is en hij afhankelijk is van het resultaat dat het ziekenhuis weet te realiseren in de onderhandelingen met de zorgverzekeraars. Deze opvatting gaat voorbij aan de zelfstandige geneeskundige behandelingsovereenkomsten die vrijgevestigde medisch specialisten sluiten en gaat tevens voorbij aan de eigendom van de zelfstandige medisch specialistische praktijk die vrijgevestigde medisch specialisten sinds jaar en dag hebben binnen de ziekenhuizen en die, ondanks de invoering van de integrale bekostiging, ook nooit is overgedragen aan de ziekenhuizen.

Bovendien zijn in de ons bekende maatschapsovereenkomsten en goodwillregelingen die binnen MSB's gelden, de betalingen van goodwill steeds duidelijk gekoppeld aan deze praktijkaandelen en is daarin tevens een koppeling gemaakt of verondersteld met een non-concurrentiebeding waarin wordt overeengekomen dat een medisch specialist die een goodwillvergoeding heeft ontvangen voor zijn overgedragen praktijkaandeel, gedurende twee jaren niet binnen het adherentiegebied van het MSB zijn praktijk mag uitoefenen.

Daar komt bij dat ziekenhuizen en MSB's in de Samenwerkingsovereenkomsten veelal ook expliciet zijn overeengekomen dat de vrijgevestigde medisch specialisten het recht hebben om goodwill te bedingen bij gehele of gedeeltelijke overdracht of overname van de door hen in het ziekenhuis uitgeoefende medisch specialistische praktijk.<sup>62</sup> Wij herkennen wel dat in de afgelopen jaren de financiering van goodwill in verband met een praktijkoverdracht zich heeft ontwikkeld en dat de traditionele betaling van een extern gefinancierde goodwill som ineens, in de huidige praktijk vaak heeft plaatsgemaakt voor een spreiding meerdere jaren via een inverdienregeling. Datzelfde geldt voor praktijkoverdracht en goodwillvergoeding bij uittreden. Ook daarin zien we in toenemende mate een gespreide betaling in een uittreedregeling. Dit heeft echter geen gevolgen voor het begrip goodwill.

Kortom, wij menen dat het AKD-Rapport geen juist, althans een onvolledig juridisch beeld heeft geschetst van de door vrijgevestigde medisch specialisten gevoerde praktijken en daarmee de in deze praktijk besloten liggende vermogensbestanddelen en de waarde daarvan ten onrechte en uitsluitend beperkt tot een vergoeding voor toekomstige verdien capaciteit. Het te beperkte juridische perspectief van het AKD-Rapport vormt vervolgens de basis voor de analyse dat goodwill in de door hen aangeduide zin, vervolgens niet onder de reikwijdte van de eigendomsbescherming zou vallen, zoals bedoeld in artikel 1 Eerste protocol bij het EVRM en artikel 17 Handvest. Ook daarin kunnen wij niet de analyse van het AKD-Rapport volgen.

---

62. Zie artikel 10A Model Samenwerkingsovereenkomst Federatie 2015.

## 6.2. Het recht op bescherming van de eigendom

Artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM ("EP") beschermt het ongestoorde genot van eigendom en bepaalt dat aan niemand zijn eigendom zal worden ontnomen behalve in het algemeen belang en onder de voorwaarden voorzien in de wet en de algemene beginselen van internationaal recht. Dit doet geen afbreuk aan het recht van een Staat om die wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang. Daarbij is echter van belang dat wordt voldaan aan de volgende voorwaarden:

- a. Er is een voorzienbare en voldoende nauwkeurige wettelijke basis voor de inbreuk op het eigendomsrecht;
- b. De inbreuk op het eigendomsrecht dient het algemeen belang, en
- c. De inbreuk is proportioneel en resulteert in een *fair balance* (proportionaliteit en subsidiariteit).

Artikel 17 van het Handvest biedt eveneens bescherming aan het eigendomsrecht. Het genot van dit eigendomsrecht kan uitsluitend aan beperkingen worden onderworpen, voor zover dergelijke beperkingen werkelijk beantwoorden aan doeleinden van algemeen belang die de Unie nastreeft, en, deze beperkingen niet onevenredig zijn aan het nagestreefde doel.<sup>63</sup>

### *Toepasselijkheid eigendomsrecht*

Volgens het AKD-Rapport is het zeer de vraag of de goodwill van medisch specialisten kwalificeert als eigendom in de zin van artikel 1 EP. Gevolg hiervan zou zijn dat de negatieve inkomenseffecten en pensioeneffecten niet onder de bescherming van artikel 1 EP vallen. Het AKD-Rapport baseert deze conclusie op de rechtspraak van het EHRM ten aanzien van toekomstige verdien capaciteit:

*"The Court notes that the Commission has in the past held that goodwill may be an element in the valuation of a professional practice, but that future income itself is only a "possession" once it has been earned, or an enforceable claim to it exists."*<sup>64</sup>

Zoals in de vorige paragraaf uiteengezet, geeft het AKD-Rapport daarmee een te enge uitleg aan de eigendom van de medisch specialisten. De goodwill samenhangend met de onderneming die zij voeren bestaat uit clientèle, relaties én bijbehorende economische belangen. Op grond van de rechtspraak van het EHRM kwalificeert de ontneming van de onderdelen van een onderneming waaraan waarde moet worden toegekend als ontneming van eigendom waar een schadevergoeding tegenover dient te staan:

*"The Court agrees with the Commission that the right relied upon by the applicants may be likened to the right of property embodied in Article 1 (P1-1): by dint of their*

---

63. HvJEU 12 juli 2005, C-154/04 en C-155/04, ECLI:EU:C:2005:449, punt 126.

64. Zie o.a. EHRM 25 januari 2000, nr. 37683/97, (Ian Edgar (Liverpool) limited v. Verenigd Koninkrijk), p.7.



*own work, the applicants had built up a clientele; this had in many respects the nature of a private right and constituted an asset and, hence, a possession within the meaning of the first sentence of Article 1 (P1-1). This provision was accordingly applicable in the present case. The refusal to register the applicants as certified accountants radically affected the conditions of their professional activities and the scope of those activities was reduced. Their income fell, as did the value of their clientele and, more generally, their business. Consequently, there was interference with their right to the peaceful enjoyment of their possessions."<sup>65</sup> (onderstreping toegevoegd)*

Het EHRM maakt hierbij ook een duidelijk onderscheid tussen toekomstig inkomensverlies en het verlies van de essentiële bestanddelen van een onderneming die als "assets" en "possessions" moeten worden aangemerkt:

*"Referring to its previous case law, the Court notes that insofar as it concerns a loss of future income, the applicants' complaint falls outside the scope of Article 1 of Protocol No. 1, which is not applicable to future earnings, but only to existing possessions, that is to say income once it has been earned or where an enforceable claim to it exists (...). The applicability of Article 1 however extends to law practices and their clientele, as these are entities of a certain worth that have in many respects the nature of a private right and thus constitute assets and therefore possessions within the meaning of the first sentence of Article 1(...)."<sup>66</sup> (onderstreping toegevoegd)*

Dat de ontneming van de onderneming aan medisch specialisten kwalificeert als een ontneming van door artikel 1 EP en artikel 17 Handvest beschermd eigendom volgt tevens uit de Subsidieregeling overgang integrale tarieven medisch specialistische zorg. Op grond van deze subsidieregeling kwamen medisch specialisten die voor 1 juli 2015 de hoedanigheid als vrij gevestigd medisch specialist hadden beëindigd in aanmerking voor een eenmalige subsidie van € 100.000. Deze subsidie vormt volgens de toelichting bij deze subsidieregeling "een gedeeltelijke compensatie voor de beëindiging van de onderneming van de vrij gevestigde medisch specialist zonder vergoeding."<sup>67</sup>

Het AKD-Rapport baseert vervolgens de conclusie dat slechts sprake is van regulering van de beroepsuitoefening op de te enge interpretatie van de eigendom van de vrijgevestigd specialisten. Het verplichte dienstverband vormt anders dan het AKD-Rapport stelt, geen regulering van de beroepsuitoefening, maar een ontneming van het recht op het voeren van de onderneming waarin het specialisme als vrijgevestigde

---

65. EHRM 26 juni 1986, nr. 8543/79 (*Marle and others v. the Netherlands*), par. 41, 42. Zie in gelijke zin EHRM 13 maart 2021, nr. 23780/08, (*Malik v. the United Kingdom*), par. 90.

66. EHRM 6 februari 2003, nr. 71630/01 (*Wendenburg and others v. Germany*), p. 23. Zie in gelijke zin EHRM 25 maart 1999, nr. 31107/96 (*Iatridis v. Greece*), par. 54. EHRM 7 juli 1989, nr. 10873/84 (*Tre Traktörer Aktiebolag v. Sweden*), par. 53. Zie in gelijke zin EHRM 4 juni 2019, nrs. 12096/14 and 39335/16), (*Rola Slovenia*), par. 71, 73 en 74.

67. Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 2 september 2014, houdende regels voor een subsidie voor het faciliteren van medisch specialisten bij de overgang naar integrale tarieven voor medisch specialistische zorg en kaakchirurgie, *Stcrt.* 2014, 26413, blz. 6.

wordt uitgeoefend. Doordat de medisch specialisten het recht wordt ontnomen hun onderneming voort te zetten, worden hen cliëntèle en de met de onderneming verband houdende economische belangen (omzet en investering) ontnomen. Invoering van het verplichte dienstverband vormt derhalve een vergelijkbare belemmering als de intrekking van een vergunning om een bepaalde ondernemingsactiviteit voort te zetten, ten aanzien waarvan het EHRM heeft overwogen dat "*the revocation or withdrawal of a permit or licence had interfered with the applicants' right to the peaceful enjoyment of their possessions, including the economic interests connected with the underlying business*".<sup>68</sup>

Nadat de specialisten in dienstverband zijn getreden, zijn de cliëntèle en de overige eigendommen en economische belangen geen eigendom meer en is de eigendom van – in ieder geval de cliëntèle – overgegaan op de zorginstelling (zie hoofdstuk 3 hiervoor). Er is derhalve geen sprake van behoud van enig economisch belang of een zinvolle gebruiksmogelijkheid bij de onderneming.<sup>69</sup>

*Kan de ontneming van de eigendom worden gerechtvaardigd?*

Op grond van de rechtspraak van het EHRM geldt dat de ontneming uitsluitend rechtmatig is indien het algemeen belang daarmee duidelijk en aantoonbaar is gediend, er geen minder ingrijpend alternatief voorhanden is om dit algemeen belang te realiseren en er sprake is van een *fair balance* tussen de inbreuk op het eigendomsrecht en het te dienen algemeen belang, waarbij een proportionele compensatie van de schade als gevolg van de onteigening is vereist.<sup>70</sup>

Zoals hiervoor in hoofdstuk II is uiteengezet, is het – door het ontbreken van gedegen onderzoek – onduidelijk of de verplichte overgang naar dienstverband geschikt is om bij te dragen aan het algemeen belang van de bescherming van de volksgezondheid in ruime zin en de verbetering van de bestuurbaarheid van zorginstellingen en de gelijkgerichtheid in enge zin. Daarbij is tevens uiteengezet dat minder beperkende alternatieven beschikbaar zijn om deze doelstelling te realiseren en dat deze onvoldoende zijn onderzocht. Reeds om deze reden is niet voldaan aan het proportionaliteit- en subsidiariteitsvereiste.

Ten aanzien van de *fair balance*-test geldt voorts dat het uitgangspunt bij de ontneming van de eigendom is dat de volledige (markt)waarde van de eigendom wordt vergoed. Daarbij dient rekening te worden gehouden met alle concrete

---

69. De consequenties van de verplichte loondienst zijn derhalve niet vergelijkbaar met de situatie van de nertsenhouderijen, waarin de ruime overgangstermijn aanleiding was voor de HR om te oordelen dat een adequate mogelijkheid was geboden om de schade te beperken (HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.5.2.).

70. EHRM 4 juni 2019, nrs. 12096/14 en 39335/16), (*Rola Slovenia*), par. 81-85, EHRM 20 september 2011, nr. 14902/04, (*OAO Neftyanaya Kompaniya Yukos v. Russia*), par. 651-654; EHRM 25 april 2017, nr. 31371/12, (*Vaskrsić v. Slovenia*), par. 83-87.

omstandigheden en specifieke nadelen voor de (rechts)personen die zijn onteigend, zoals het waardeverlies<sup>71</sup> en misgelopen inkomsten.<sup>72</sup>

In het geval van de onteigening van de MSB's door invoering van een verplicht dienstverband dient de compensatie voor de in de vorige paragraaf beschreven eigendommen derhalve in ieder geval rekening te houden met de vermogensschade, inclusief de misgelopen inkomsten en de bijkomende schade, zoals de kosten in verband met ontslagvergoedingen van personeel, versnelde afschrijving van investeringen en liquidatiekosten.

### 6.3. Conclusie

De invoering van een verplicht dienstverband vormt een schending van het eigendomsrecht dat wordt beschermd door artikel 1 EP en artikel 17 Handvest. De op grond van deze bepalingen beschermde eigendom van medisch specialisten betreffen de economische belangen van medisch specialisten bestaande uit onder meer concrete vermogensbestanddelen zoals het patiënten-, en relatiebestand van hun onderneming.

Aangezien een verplicht dienstverband de medisch specialisten het vrije genot ontzegt op deze eigendommen doordat zij in het geheel niet meer in staat zijn ondernemingsactiviteiten uit te oefenen, is geen sprake van regulering maar van ontneming van de eigendom.

Deze schending van het eigendomsrecht kan om de volgende redenen niet worden gerechtvaardigd:

- a. Het is onduidelijk of deze maatregel daadwerkelijk geschikt is om bij te dragen aan het algemeen belang, zoals de bescherming van de volksgezondheid in de meest brede zin en de beste zorg onder efficiënt bestuur van zorginstellingen in enge(re) zin;
- b. Er is niet voldaan aan het proportionaliteitsvereiste, omdat
  - i. geen gedegen en gedocumenteerd onderzoek en analyse van de problemen heeft plaatsgevonden. Ook is niet onderzocht of de doelstelling van algemeen belang eveneens met de bestaande instrumenten en besturingsmodellen of met alternatieve en minder beperkende maatregelen kan worden gerealiseerd, en
  - ii. de *fair balance*-test noodzaakt in dit geval tot het volledig compenseren van de waarde van de eigendom, waarbij rekening moet worden gehouden met de bijkomende schade en het verlies aan inkomsten.

---

71. EHRM 15 november 1996 nr. 19385/92, (*Katikaridis vs Griekenland*), par. 49.

72. EHRM, 7 juni 2012, nr. 38433/09, (*Centro Europa 7 S.R.L. en Di Stefano v. Italy*), par. 214-222.

## 7. Conclusies

In het AKD-Rapport wordt geconcludeerd dat de beleidsoptie van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten vrijberoepsbeoefenaren juridisch haalbaar lijkt te zijn, dat de nieuwe Wet toetreding zorgaanbieders het meest voor de hand liggende wettelijke kader vormt om een verplicht dienstverband te realiseren en dat de schadeplichtigheid van de overheid in verband met een gedwongen beëindiging van de zelfstandige praktijkuitoefening naar verwachting beperkt zal zijn. Wij hebben in ons onderzoek deze conclusies en de juridische onderbouwing daarvan getoetst en constateren op diverse onderdelen dat de analyse in het AKD-Rapport onvolledig, onjuist of nog onvoldoende doordacht is.

In onze contra-analyse hebben wij ons allereerst de voorvraag gesteld of het Unierecht – gelet op de vrijheid van vestiging, de vrijheid van diensten en de vrijheid van ondernemerschap – wel de ruimte biedt voor ingrijpend overheidsoptreden gericht op een verplicht dienstverband. Het antwoord op deze voorvraag moet volgens ons ontkennend luiden omdat (gedegen) onderzoek naar nut, noodzaak en effecten van deze maatregel ontbreekt. Bovendien streeft het nationale recht waarvan deze beperkende maatregel deel zou gaan uitmaken, het betrokken doel niet ‘coherent en systematisch’ na. In hetgeen AKD in haar rapportage naar voren heeft gebracht kan deze rechtvaardiging ook niet worden gevonden.

Het beantwoorden van deze cruciale voorvraag vormde in onze analyse het startpunt van de beoordeling van de juridische haalbaarheid van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten. Hierin verschilt onze benadering wezenlijk van die van het AKD-Rapport, dat primair de vragen beantwoordt hoe het verplicht dienstverband geregeld kan worden. Ten onrechte creëert het AKD-Rapport daarmee in feite al een 'roadmap' vóórdat de fundamentele vraag naar de verenigbaarheid met het Unierecht als 'roadblock' aan de orde komt.

Wij komen dan ook tot de conclusie dat een verplicht dienstverband van medisch specialisten vrijberoepsbeoefenaren bij de huidige stand van zaken onverenigbaar is met het Unierecht en dat daarop de juridische haalbaarheid van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten vrij beroepsbeoefenaren reeds afstuit. Een verplicht dienstverband leidt zonder toereikende onderbouwing van onderzoek dat de noodzaak van deze maatregel bevestigt, tot een ongerechtvaardigde inbreuk op de vrijheid van vestiging en het vrij verkeer van diensten zoals die zijn vastgelegd in artikelen 47 en 56 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie. Daarnaast zou een verplicht dienstverband een ongerechtvaardigde inbreuk maken op de vrijheid van ondernemerschap, welk recht is geborgd in artikel 16 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie.

Daar komt bij dat wij constateren dat in de afgelopen jaren door opeenvolgende wetgevingsmaatregelen ongewenste inkomens- en volumeprykkels van medisch specialisten vrijberoepsbeoefenaren vrijwel geheel uit het bekostigingssysteem zijn

verwijderd. De periodieke monitor die door de NZa wordt uitgevoerd bevestigt dat beeld. De NZa constateert dat anno 2021 reeds op grote schaal financiële belangenparallelliteit tussen ziekenhuizen en MSB's is gerealiseerd. Deze bevindingen van de NZa dragen mede onze conclusie dat in de huidige juridische samenwerkingsstructuren tussen ziekenhuizen en MSB's anno 2021 sprake is van een vergaande 'geïstitutionaliseerde gelijkgerichtheid' en een vergaande 'geïstitutionaliseerde belangenparallelliteit'.

Voorts delen wij niet de conclusie van AKD dat, indien al zou moeten worden aangenomen dat een verplicht dienstverband voor medisch specialisten in strijd zou komen met het Europese recht, een verplicht dienstverband relatief eenvoudig zou kunnen worden gerealiseerd via een wijziging van de aankomende Wet toetreding zorgaanbieders (WTZa). Deze wetgevingsroute is naar ons oordeel onvoldoende doordacht en stuit op een veelheid van juridische uitvoeringsvraagstukken die de haalbaarheid op losse schroeven zet. Ook een aanpassing van de Wet normering topinkomens (WNT) is naar ons oordeel vooralsnog ongeschikt voor het creëren van een juridische grondslag voor een verplicht dienstverband voor medisch specialisten. Kortom, ook voor deze beleidsopties geldt dat er een gedegen onderzoek en onderbouwing ontbreekt voor het matigen van de bezoldiging van niet-topfunctionarissen, zodat medisch specialisten niet zonder meer onder de reikwijdte van de WNT kunnen worden toegevoegd.

Tot slot constateren wij op basis van onze juridische analyse dat de invoering van een verplicht dienstverband een schending vormt van het eigendomsrecht dat wordt beschermd door artikel 1 Eerste protocol bij het EVRM en artikel 17 Handvest. Het op grond van deze bepalingen beschermde eigendom van medisch specialisten vrij beroepsbeoefenaren bestaat onder meer uit concrete vermogenscomponenten, zoals patiënten- en relatiebestanden, die goodwillwaarde vertegenwoordigen. Aangezien een verplicht dienstverband de medisch specialisten het vrije genot op deze eigendommen geheel ontnemt doordat zij in het geheel niet meer in staat zullen zijn een zelfstandige vrijgevestigde praktijk uit te oefenen, is naar ons oordeel geen sprake van 'regulering' van deze eigendommen maar is sprake van 'ontneming' van deze eigendommen. Daarom zal de overheid de schade die door ontneming van deze eigendommen ontstaat moeten compenseren.