

DAGVAARDING

Heden, de vijftiende februari tweeduizendenacht, ten verzoeken van

1. de vereniging met volledige rechtsbevoegdheid de **NVZ VERENIGING VAN ZIEKENHUIZEN**, statutair gevestigd te Utrecht (Oudlaan 4, 3515 GA), hierna verder te noemen "de NVZ", en
2. de stichting **STICHTING MEDISCH CENTRUM ALKMAAR**, statutair gevestigd te Alkmaar (Postbus 501, 1800 AM),
3. de stichting **STICHTING ALGEMEEN ZIEKENHUIS ZOETERMEER**, statutair gevestigd te Zoetermeer (Postbus 3015, 2700 KJ), exploitante van 't Lange Land Ziekenhuis,
4. de stichting **STICHTING ZORGGROEP NOORDER BREEDTE**, statutair gevestigd te Leeuwarden (Henri Dunantweg 2, 8934 AD),
5. de interconfessionele stichting **STICHTING GEZONDHEIDSZORG RIVIERENLAND**, statutair gevestigd te Tiel (Postbus 6024, 4000 HA),
6. de stichting **STICHTING MAXIMA MEDISCH CENTRUM**, statutair gevestigd te Eindhoven (Postbus 90052, 5600 PD),
7. de stichting **STICHTING GELRE ZIEKENHUIZEN**, statutair gevestigd te Apeldoorn (Postbus 9014, 7300 DS),
8. de stichting **STICHTING REVALIDATIECENTRUM DE TRAPPENBERG**, statutair gevestigd te Huizen (Crailoseweg 116, 1272 EX),
9. de stichting **STICHTING SOPHIA REVALIDATIE**, statutair gevestigd te 's-Gravenhage (Vrederustlaan 180, 2543 SW),
10. de stichting **STICHTING ALGEMEEN CHRISTELIJK ZIEKENHUIS GRONINGEN**, statutair gevestigd te Groningen (Postbus 30033, 9700 RM), exploitante van het Martini Ziekenhuis,
11. de stichting **STICHTING ALYSIS ZORGGROEP**, statutair gevestigd te Arnhem (Wagnerlaan 55, 6815 AD),
12. de stichting **STICHTING ZIEKENHUIS DE TJONGERSCHANS**, statutair gevestigd te Heerenveen (Thialfweg 44, 8441 PW),

de partijen sub 2 tot en met 13, hierna gezamenlijk aan te duiden als 'de als eisers optredende ziekenhuizen', en partijen hierna gezamenlijk aan te duiden als "eisers",

te dezer zake domicilie kiezende te Zwolle aan de Burg. Roelenweg nr. 11 (postbus 600, 8000 AP) ten kantore van prof. mr. J.G. Sijmons (Nysingh advocaten-notarissen N.V.), alsmede te Den Haag aan het Noordeinde 33 (postbus 305, 2501 CH), ten kantore van Houthoff Buruma N.V., van welk kantoor mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt ten deze tot procureur wordt gesteld en als zodanig voor hen zal optreden,

heb ik,

Walter Frederik Dirk van den Oever, gerechtsdeurwaarder
te 's-Gravenhage, kantoorhoudende te 's-Gravenhage aan de
Kazernestraat 52 en tevens ten deze woonplaatse
hebbende aldaar,

GEDAGVAARD:

De publiekrechtelijke rechtspersoon **DE STAAT DER NEDERLANDEN, meer in het bijzonder DE MINISTER VAN VOLKSGEZONDHEID, WELZIJN EN SPORT**, hierna verder "de Minister van VWS", waarvan de zetel is gevestigd te 's-Gravenhage, exploot doende en afschrift dezes latende aan het parket van de procureur-generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden, op het adres Kazernestraat 52 te 's-Gravenhage aan:

Nenon D.U. Penit, aldaar hebbende

OM:

op woensdag de vijfde maart tweeduizendenacht, des voormiddags te 10.00 uur, niet in persoon, doch vertegenwoordigd door een procureur, te verschijnen ter terechtzitting van de Rechtbank te Den Haag, burgerlijke kamer, welke (schriftelijke rol-)zitting zal worden gehouden in het gerechtsgebouw/Paleis van Justitie aan de Prins Clauslaan nr. 60,

MET DE UITDRUKKELIJKE VERMELDING:

dat indien gedaagde niet op voornoemde datum in het geding ter zitting verschijnt en de voorgeschreven termijnen en formaliteiten in acht zijn genomen, de rechtbank verstek verleent tegen gedaagde en de vordering toewijst, tenzij deze de rechtbank onrechtmatig of ongegrond voorkomt;

TENEINDE:

Alsdan namens mijn requiranten als eisers te horen eisen en concluderen als volgt::

Kern van het geschil

1. Het onderhavige geschil betreft het beleid van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, hierna ook te noemen 'de minister', op het gebied van de prijsregulering in de gezondheidszorg en meer specifiek op het gebied van de medisch specialistische zorg zoals deze in en door ziekenhuizen en revalidatie-instellingen wordt geleverd (korthedshalve zal de revalidatie steeds geacht worden te zijn begrepen onder de ziekenhuiszorg). De minister kan aanwijzingen geven aan de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna 'NZa') op grond van artikel 7 Wet marktordening gezondheidszorg (hierna 'WMG'). Het betreft een tweetal maatregelen voor de jaren 2008-2011:
 - a. maatregelen die de minister zal nemen ter compensatie van overschrijdingen van het Budgettair Kader Zorg (hierna het 'BKZ') door de uitgaven voor de ziekenhuiszorg. De aanwijzingen ex artikel 7 WMG strekken er dan toe de tarieven voor de ziekenhuiszorg voor de hele sector neerwaarts bij te stellen met een totaalbedrag ter grootte van dergelijke overschrijdingen. De rechtvaardiging van dergelijke compensatie, die beleidsmatig voornamelijk berust op een onjuiste raming van de zorgontwikkeling, ontbreekt. Evenmin kunnen de ziekenhuizen verantwoordelijk gesteld worden voor de volumeontwikkeling in de zorg. Een eerste aanwijzing ter grootte van € 160 mln is reeds gegeven voor 2008.
 - b. de invoering van de maatstafconcurrentie, waarmee de minister een transitie-instrument wil invoeren om in de jaren 2009-2011 een overgang te creëren naar een liberalisering van de tarieven. De noodzakelijke waarborgen voor het tot stand komen van evenwichtige tarieven onder de maatstaf ontbreken in belangrijke mate en de wijze van invoering van maatstafconcurrentie gaat gepaard met onevenredig grote financiële risico's voor de ziekenhuizen. De minister heeft reeds een voorbereidende aanwijzing ex artikel 7 WMG aan de NZa gegeven.

Eisers betwisten de rechtmatigheid van dit voorgenomen beleid wegens schending van het internationale, direct werkende verdragsrecht, de wet, in het bijzonder de WMG en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De instellingen lijden hierdoor schade of dreigen nog aanzienlijke schade te zullen lopen. Zij hebben recht en belang in een vroeg stadium de gevolgen van dergelijke maatregelen door het instellen van de onderhavige vorderingen te voorkomen.

2. Omdat het hier zaken betreft die het stelsel van de ziekenhuisbekostiging raken, zal in deze dagvaarding eerst worden ingegaan op de juridische context en beleidshistorie. De indeling van deze dagvaarding is daarom als volgt:
 - a. Inleiding instrumentarium Wet marktordening gezondheidszorg
 - b. Aanwijzingen minister VWS inzake generieke kortingen 2008-20011

- i. Algemeen
 - 1. Budgettair kader Zorg
 - 2. EMU Saldo
 - 3. Ramingen en kostenbeheersing
 - 4. Ramingen
 - 5. Prestatiecontract NVZ-VWS-ZN
- ii. Aanwijzingen 2007-2011
- iii. Verantwoordelijkheid ziekenhuizen voor zorgproductie
- c. Onrechtmatigheid volumekorting
- d. Maatstafconcurrentie
 - i. Algemeen
 - a. Huidig budgetteringsstelsel
 - b. Liberaliseringsbeleid
 - c. Aanwijzing
 - 1. Theorie van de maatstafconcurrentie
 - a. Beschrijving
 - b. Voorwaarden voor maatstafconcurrentie
 - 2. Voorbeelden van maatstafconcurrentie
 - ii. Aanbeveling maatstafconcurrentie door CTG/Zaio/NZa
 - iii. Beleidsvoornemens minister VWS omtrent maatstafconcurrentie
 - 1. Wijzigingen in oorspronkelijke opzet maatstafconcurrentie NZa
 - iv. Waarschuwingen NVZ en anderen ten aanzien van maatstafconcurrentie
 - v. Risico's en onevenwichtigheid aanwijzing maatstafconcurrentie
 - 1. Maatstafconcurrentie geen adequaat overgangsinstrument:
 - a. Onjuiste diagnose marktfalen
 - b. Maatstaf als kortingsinstrument
 - c. Dubbele korting in maatstaf
 - d. Berekening opbrengst maatstaf te onzeker
 - e. Extra volumekortingen in maatstaf
 - f. Prijsplafond belemmert vrije prijsonderhandelingen in plaats van deze te stimuleren
 - g. Transparantie en vergelijkbaarheid van prestaties onder DBC's nog niet gerealiseerd
 - i. DBC-systeem niet stabiel
 - ii. Sturen op de maatstaf is onmogelijk
 - h. Prijsplafond is willekeurig en houdt onvoldoende rekening met:
 - i. Zorgzwaarte per DBC

- ii. Kwaliteitsverschillen
 - iii. Historische kapitaalslasten en kostenbasis
 - iv. Noodzaak versneld af te schrijven op kapitaalinvesteringen
 - v. Extra lasten financiering (*risico-opslag: NZa WACC model*)
2. Invoeringstraject maatstafconcurrentie onzorgvuldig
 3. Maatstafconcurrentie onevenredige administratieve last
 4. Rentelasten maatstafconcurrentie
 5. Maatstafconcurrentie behelst een onevenredig groot risico
 6. Alternatieve maatstafconcurrentie onvoldoende onderzocht (onvolledige belangafweging)
- e. Onrechtmatigheid maatstafconcurrentie
 - f. Bevoegdheid rechtbank en ontvankelijkheid
 - g. Verweer Minister van VWS

A. Inleiding instrumentarium Wet marktordening gezondheidszorg

3. Krachtens de Wet marktordening gezondheidszorg ('WMG') kan de Nederlandse Zorgautoriteit ('NZa') de tarieven reguleren op het gebied van de gezondheidszorg op aanwijzing en onder toezicht van de Minister van VWS. Artikel 35 WMG verbiedt een zorgaanbieder een tarief in rekening te brengen, waarvoor geen prestatiebeschrijving is vastgesteld (op grond van art. 56 WMG), dat niet overeenkomt met een door de NZa vastgesteld tarief voor de betrokken prestatie, resp. niet binnen de tariefruimte ligt of anders dan op de wijze overeenkomstig de WMG is vastgesteld (art. 35 WMG). De zorgautoriteit stelt beleidsregels vast met betrekking tot het uitoefenen van de bevoegdheid om tarieven vast te stellen (art. 57 WMG). Deze beleidsregels kunnen inhouden dat sprake is van vaste tarieven, minimumtarieven en maximumtarieven, of een combinatie daarvan, bandbreedtetarieven of vrijgestelde tarieven. Tevens kunnen beleidsregels inhouden dat de NZa ambtshalve een tarief dan wel een bedrag dat ten minste of ten hoogste als tarief in rekening wordt gebracht vaststelt. Ten slotte kunnen beleidsregels inhouden onder welke voorwaarden of met inachtneming van welke voorschriften en beperkingen voor in die regel te onderscheiden delen van een prestatie of geheel van prestaties daarbij nader aangegeven beleidsregels van toepassing zijn (art. 57, 6^e lid WMG). Deze indirecte omschrijving ziet erop dat bijvoorbeeld voor een geheel van prestaties een beleidsregel geldt waarbij de individuele prestaties vrij onderhandelbare tarieven kennen, doch het geheel van prestaties (bijvoorbeeld van een ziekenhuis in jaar t) aan restricties kan worden onderworpen, zoals een prijsplafond (zie

de memorie van toelichting WMG, Kamerstukken II, 2004-2005, 30 186, nr. 3, p. 71).
Laatst genoemd artikellid vervangt het oude artikel 11, 2^e lid Wet tarieven
gezondheidszorg (het 'macrobudget-artikel').

4. De minister kan de zorgautoriteit algemene aanwijzingen geven omtrent door de NZa te stellen beleidsregels inzake de prijsregulering (artikel 7 WMG). Voor het wijzigen van een aantal beleidsregels, onder meer waarbij de tariefstructuur wordt gewijzigd, is voorafgaand een aanwijzing van de Minister van VWS noodzakelijk (art. 59 WMG). De minister dient van een voorgenomen besluit tot aanwijzing ingevolge artikel 8 WMG mededeling te doen aan beide Kamers der Staten-Generaal. Niet eerder dan 30 dagen na deze mededeling zal de minister kunnen overgaan tot het nemen van het aldus medegedeelde besluit (de 'voorhangprocedure').

B. Aanwijzingen Minister van VWS inzake generieke kortingen 2008-20011

Algemeen

5. De aanvaardbare kosten 2008 voor de ziekenhuizen worden ten opzichte van de aanvaardbare kosten 2007 aangepast als gevolg van een aanwijzing van de Minister van VWS (kenmerk MC-U-2807691 d.d. 1 november 2007 **productie 1**). Krachtens deze aanwijzing verwerkt de NZa in de tarieven van de ziekenhuizen een kortingsbedrag voor de sector van structureel € 160 mln vanaf 1 januari 2008. De individuele instellingen worden gekort naar rato van hun aandeel in het totaal van de kosten (macrobudget 2005, peildatum augustus 2007). De aanwijzing heeft geleid tot de Beleidsregel *Kortingsmaatregel 2008* (CI-1036 **productie 2**) door de NZa en tot een ambtshalve aanpassing van de tarieven van de ziekenhuizen voor het jaar 2008.
6. Voor de jaren 2009 t/m 2011 is een aanvullende taakstelling voorzien die moet worden ingevuld door efficiencybesparing in het systeem van de maatstafconcurrentie. Zie daarvoor de aanwijzing van de Minister d.d. 29 oktober 2007, kenmerk MC-U-2808582, pag. 6 (**productie 3**). Daarbij overweegt de Minister:

“Voor de komende kabinetsperiode loopt de ruimte voor extra volumegroei voor medisch specialistische zorg (inclusief de instellingen voor overige curatieve zorg) op van € 448.000.000,= in 2008 tot € 2.063.000.000,= in 2011. Mochten zich echter overschrijdingen voordoen bij de medisch specialistische zorg dan is tussentijdse aanscherping van de maatstaf (evenals pakketmaatregelen en een aanpassing van de eigen bijdrage) niet uitgesloten.”

De taakstelling 2008, maar ook de aangekondigde extra taakstellingen 2009-2011 zijn inzet van dit geschil.

Budgettair Kader Zorg

7. Het Budgettair Kader Zorg (BKZ) is een begroting van de uitgaven en ontvangsten in de zorg, die niet onderdeel uitmaken van de eigen departementale begroting van VWS in de zin van staat van verplichtingen, uitgaven en ontvangsten van het Rijk (als bedoeld in artikel 2 van de Comptabiliteitswet 2001). Het BKZ betreft de gevolgen van het beleid voor de door premies en eigen bijdragen gefinancierde zorg (m.u.v. van bijvoorbeeld het door VWS gefinancierde Opleidingsfonds). Het BKZ is geen wettelijk geregeld instrument. Het rond het BKZ ontwikkelde beleid omtrent de budgetdiscipline kan hooguit als een set van beleidsregels in de zin van artikel 4:81 e.v. Awb worden aangemerkt. Zij bepalen immers de toepassing van de bevoegdheden van de minister ingevolge artikel 7 en 9 WMG. De ontwikkeling van het BKZ is – voor zover voor de beoordeling van de onderhavige vorderingen van belang – in hoofdlijnen de volgende.
8. Bij wetwijziging is in de voorloper van de Wet marktordening gezondheidszorg in de Wet tarieven gezondheidszorg (hierna 'WTG') in 1992 een bepaling opgenomen, dat bij de vaststelling van de tarieven rekening gehouden zou kunnen worden met de hoogte van het totaal in enig jaar in rekening te brengen tarieven (artikel 11, tweede lid WTG):

“Beleidsregels zoals bedoeld in het eerste lid kunnen gericht zijn op het tot stand brengen van afhankelijkheid tussen de hoogte van een tarief of tarieven en het totaal van in enige periode in rekening gebrachte, dan wel te brengen tarieven”.

Het tarief kan met andere woorden neerwaarts worden bijgesteld, zodat de toepassing ervan in de praktijk een beleidsmatig gesteld macrokader – thans het BKZ – niet zal overschrijden. Deze bepaling keert niet terug in de WMG.

9. Het artikel 11, tweede lid WTG had de beperkte strekking de toepassing van kortingen wegens (dreigende) overschrijding van het macrokader buiten twijfel te stellen (waarover onzekerheid bestond). Het kortingsinstrument werd daarbij als ultimum remedium van het overheidsbeleid gepresenteerd, dat met grote reserve en prudentie ware te hanteren. De staatssecretaris sprak destijds in de parlementaire behandeling in 1990 zelfs van 'een bestuurlijke prudentie tot het uiterste' (Handelingen I, 21 mei 1991, p. 29-1086).

Zie ook G.R.J. de Groot, *Tarieven in de gezondheidszorg*, Kluwer-Deventer 1998, p. 122-123.

De overheid legde fysiotherapeuten als eerste een macrokorting op, waartegen beroep werd ingesteld. De bestuursrechter sanctioneerde het gebruik van de bepaling van artikel 11, tweede lid WTG voor beleid gericht op beheersing van de kosten van de zorg.

Zie o.a.: Voorzitter College van Beroep voor het Bedrijfsleven (hierna 'CBB') 16 juli 1992, RZA 1992, 157, daarna tevens CBB 22 november 1994, RZA 1995, 34.

In de volgende jaren groeide het instrument van de macrokorting – tegen de oorspronkelijke opzet in – uit tot een hoeksteen van het gezondheidszorgbeleid gebaseerd op centrale aanbodssturing van de zorg op basis van met name de Wet ziekenhuisvoorzieningen (hierna 'WZV') en WTG.

10. De in de in maart 1995 verschenen regeringsnota *Zorg in het regeerakkoord* (Kamerstukken II, 1994-1995, 24 124, nrs. 1-2 **productie 4**, p. 54, 55) wees op de tweeslachtigheid in het tot dan toe gevolgde beheersingsmodel voor uitgaven in de zorg. De twee tegenstrijdige modellen bevatten enerzijds een keuze voor klassieke aanbod- en prijsregulering via overheidsregelgeving (Ziekenfondswet/AWBZ, WZV, WTG), en anderzijds voor uitgavenbeheersing door het budgetteren van de inkomsten van verzekeraars. De overheid was – naar haar eigen oordeel – in een voorgenomen overschakeling van het eerste model naar het tweede model halverwege blijven steken. Hierdoor ontstond een dubbele budgettering. De overheid zette in op het tot stand brengen van een enkelvoudige budgettering. In oktober 1995 verscheen de nota *De prijs die zorg verdient* (TK, vergaderjaar 1995-1996, 24 478, nr. 2 **productie 5**) waarin de nieuwe regels van de budgetdiscipline werden geïntroduceerd.

EMU Saldo

11. Een noodzaak voor de overheid om de totale zorguitgaven te blijven beheersen was en blijft vooralsnog niet alleen het kunnen waken voor de financiële betaalbaarheid van de zorg (hoogte van de premies), maar inmiddels het gegeven dat o.a. in het Europese Stabiliteits- en Groeipact, ter verzekering van de Europese Muntunie, is voorzien in Europese regels ter beheersing van het begrotingstekort van de lidstaten. Het begrotingstekort mag sedert 1997 maximaal 3% bedragen (EG Verordening 1467/97). De zorguitgaven in het kader van de sociale verzekeringen, in casu de wettelijke

ziektekostenverzekeringen (de Zorgverzekeringswet, hierna de 'Zvw', en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, hierna de 'AWBZ'), worden in dit verband tot de overheidsuitgaven gerekend en maken deel uit van de begroting van de staatsuitgaven, zoals bedoeld in het stabiliteitspact.

12. De bewaking van het macrokader van alle zorguitgaven werd in dat verband omgebouwd tot een bewaking van het BKZ op basis van de uitgaven uit hoofde van de wettelijke ziektekostenverzekeringen (voor het eerste en tweede compartiment, resp. de care vergoed op basis van de AWBZ en de cure verzekerd op basis van de Ziekenfondswet, thans Zvw). In het Financieel Overzicht Zorg van 1996 (Kamerstukken II, 1995-1996, 24 404, nr. 2, p. 6-8 **productie 6**) deden twee nieuwe begrippen hun intrede: het 'Budgettaire Kader Zorg' (BKZ) en de 'ijklijn zorg'. Het BKZ geeft de budgettaire ruimte aan en de ijklijn zorg omvat het collectief gefinancierde deel van de uitgaven onder het BKZ (dus niet het zogenaamde 'derde compartiment' van de niet-collectief gefinancierde zorg, het terrein van de aanvullende private ziektekostenverzekeringen en commerciële zorg). Er werd door het kabinet een nieuwe budgetdiscipline vastgesteld met ingrijpende gevolgen voor de beheersing van de uitgaven in de zorgsector. Nieuw was ondermeer dat ook incidentele overschrijdingen moeten worden omgebogen. De definitie van het BKZ werd verder aangescherpt in onder andere het Jaaroverzicht Zorg 1999 (Kamerstukken II, 1998-1999, 26 204, nrs. 1-2, p. 16-17 **productie 7**) en het Jaarbeeld Zorg 2002 (p. 64-65 **productie 8**).

Ramingen en kostenbeheersing

13. De rigide kostenbeheersing, die volgde op het voortdurend inzetten van het instrument van de macrokorting, leidde in combinatie met de centrale aanbodregulering door de overheid in de jaren negentig en begin van dit decennium tot verstarring in de zorg en tot onwerkelijke raming van de macrokosten. Oplopende wachtlijsten alom waren hiervan de gevolgen. Voor een houdbaar stelsel achtten de vorige en het huidige kabinet(-ten) het nodig dat de ramingen op nieuwe leest zouden worden geschoeid. Aldus de blauwdruk voor het nieuwe zorgstelsel uit *Vraag aan Bod*:

"Om het systeem een reële kans te geven, is het allereerst nodig dat de overheid de zorguitgaven realistisch raamt. ...Dit betekent dat de raming niet is onderbouwd vanuit beschikbaar gestelde budgetten, maar wordt opgesteld op grond van te verwachten ontwikkelingen van vraag en aanbod gegeven de institutionele context, de omvang van het verzekerde pakket en de systematiek van de eigen betalingen" (Kamerstukken II, 2000-2001, 27 855, nr. 2 **productie 9**, p. 28).

Zie verder Kamerstukken II, 2000-2001, 27 855, nr. 2, p. 69 **productie 10**.

14. Dit inzicht is verder aanleiding geweest om ernst te maken met een singuliere budgettering via de uitgaven van de zorgverzekeringen, die ook het referentiekader vormden voor het BKZ, alsmede voor een grootschalige stelselwijziging met herverdeling van de verantwoordelijkheden binnen het stelsel: de overheid schept het kader, waarin de zorgverzekeraars een regierol krijgen toebedeeld om de uitgaven in de zorg te bewaken. Zij zijn verantwoordelijk voor de zorginkoop met de collectieve middelen. De zorgverzekeraars worden op hun beurt gecontroleerd door de verzekerden, die door te stemmen met de voeten de prijs-kwaliteit verhouding van de polissen de verzekeraars tot effectieve zorginkoop dwingen.
15. Een voor dit geschil belangrijk element is de erkenning, dat de overheid de omvang van het aanbod, dus ook niet de totale kosten van dit aanbod, niet kan vaststellen. Aldus is expliciet tot uitdrukking gebracht in de parlementaire behandeling van de vervanging van de planningswet, de Wet ziekenhuis voorzieningen ('WZV') door de Wet toelating zorginstellingen (hierna 'WTZI'). In plaats van de aanbodplanning trad regulering van de vraaggestuurde markt, omdat de overheid niet de omvang van het benodigde zorgaanbod kon vaststellen. Onomwonden stelde de minister:

*"Éen van de belangrijkste redenen van de lopende besturingsdiscussie in de zorg is immers juist de ervaring dat centraal te weinig inzicht bestaat in wat op lokaal niveau precies goed voor wie is" (Kamerstukken II, 2001-2002, 27 659, nr. 7, p. 20 **productie 11**).*"

Voor de vaststelling van de objectieve zorgbehoefte is geen referentiekader voorhanden. De overheid verlaat zich hier op de rechtmatigheidstoets die de NZa (voorheen CTZ) uitvoert op de uitgaven van de Zorgverzekeringswet en AWBZ. Indien het zorgvolume dientengevolge niet centraal kan worden vastgesteld, dan is ook elk geschat totaal van zorguitgaven los van een nauwkeurige analyse van de feitelijke realisatie van de zorg, willekeurig van aard.

16. Als de raming volgens de wetgever gebaseerd moet zijn op de inschatting van de ontwikkeling van het vraag en aanbod – zoals hierboven aangehaald – is tevens duidelijk dat de ramingen van het BKZ geen louter normatief karakter kunnen bezitten, in dier voege dat een uitgavenplafond willekeurig vanwege de politieke verantwoordelijkheid voor de zorguitgaven wordt vastgesteld.

17. Tenslotte kan nog minder aan de ramingen een normatief karakter worden verbonden, doordat zij het karakter van een prognose en niet van realisatie bezitten. Een normatieve lading kunnen de zorgcijfers vanwege het feit dat het 'maar schattingen' zijn nimmer verkrijgen. Er dient derhalve een beleidsmatig te rechtvaardigen maximumkarakter aan de ramingen te worden verleend, wil aan een overschrijding van de raming tariefmatige consequenties kunnen worden verbonden. In het oude stelsel van aanbodregulering kon dit – voor de ziekenhuiszorg – worden ontleend aan de door de overheid genormeerde zorgbehoefte (volumebeleid uit WZV) maal de door de overheid vastgestelde aanvaardbare kosten (instellingsbudgetten uit WTG). De door de overheid in het kader van de planning toegelaten capaciteit heeft een vaste hoogste prijs vanwege de gemaximeerde instellingsbudgetten. In het nieuwe vraaggestuurde stelsel kan dit enkel de afweging van de hoogte van premiestelling versus verzekerde zorg zijn. Singuliere budgettering is dus sturen op de financiering en niet tegelijkertijd op volume en kosten van het aanbod.
18. De stelselwijziging betekende niet afscheid van de totale kostenbeheersing in de zorg. Wel is de consequentie van de vraagsturing dat door andere maatregelen dan vaststelling van het volume de zorguitgaven worden beheerst. Aldus noemt ook de Zorgnota 2005 de zorgcijfers niet louter ramingen, maar beleidsmatig een nog steeds relevant uitgavenplafond, dat echter niet meer automatisch leidt tot tariefkortingen op de tarieven van de zorgaanbieders (aanbodregulering), maar noopt tot aanpassing in de uitgaven van de zorgverzekeringen:

Traditioneel verloopt de invloed van de overheid op de zorguitgaven via de budgettering van de instellingen. Sinds het Actieplan Zorg Verzekerd (2000) is die invloed veranderd. Weliswaar worden sindsdien nog steeds budgetten vastgesteld, maar daarbij gold steeds dat voorzover instellingen extra productie wilden leveren om wachtlijsten aan te pakken, hiervoor het budget verhoogd kon worden. Instellingen konden hierdoor hun productie zo ver opvoeren als de vraag groot was of tot de grenzen van de capaciteit (arbeid, gebouwen) bereikt werden. De totale productie bleek sterker te groeien dan vooraf op basis van de omvang van wachtlijsten, de bevolkingsgroei en vergrijzing verwacht kon worden. (...) De zorgcijfers die het kabinet op Prinsjesdag presenteert, moeten niet gezien worden als louter ramingen, maar als het bedrag dat het kabinet steeds bereid is voor de zorg te bestemmen. Als de werkelijke ontwikkeling van de productie de uitgaven laat stijgen boven niveaus die door het kabinet als acceptabel worden beschouwd, moeten maatregelen ter compensatie worden genomen. Dit heeft al geleid tot pakketmaatregelen en diverse

andere maatregelen.(..)" (Kamerstukken II, 2004-2005, 29 800, XVI, nr. 2 , p. 252
productie 12)

19. Reeds *Vraag aan bod* van het Kabinet Kok II bevat expliciet het veranderende kostenbeheersingbeleid van de overheid:

"Een belangrijk uitgangspunt daarbij is dat de raming van de uitgaven aansluit op de ontwikkeling van de vraag naar zorg.wordt de raming overschreden dan zal het gebruik van de instrumenten om de zorguitgaven bij te sturen, afhankelijk zijn van de mate waarin de vraagsturing is ontwikkeld.In de eindfase van de vraagsturing zijn als instrumenten beschikbaar: de omvang van het verzekerde pakket, de hoogte van de eigen betalingen en maatregelen om het systeem te optimaliseren. Bij dit laatste kan gedacht worden aan ingrepen om de concurrentieprikkels te versterken".
(Kamerstukken II, 2000-2001, 27 855, nr. 2 **productie 9**, p. 9).

Dat betekent, dat de maatregelen bij vraagsturing een samenhangend pakket vormen, dat niet naar willekeur met maatregelen uit de aanbodsturing kan worden vermengd:

"Waar aanbodplanning wordt verlaten en gekozen wordt voor vraagsturing maken aantal bedden en aantal plaatsen geen deel meer uit van de toelating en wordt de kostenbeheersing op andere wijze gerealiseerd. In een vraaggestuurd systeem wordt kostenbeheersing geëffectueerd door de inkooprol van verzekeraars. Het beleid dat gericht is op een toename van het aanbod (overcapaciteit) en de stimulering van marktwerking (prijskoncurrentie) sluit daarbij aan. In dat systeem resteren er voor de overheid nog twee instrumenten om de betaalbaarheid van de premie te bewaken; te weten de omvang van het verzekerd pakket en de vaststelling van eigen betalingen".
(Kamerstukken II, 2003-2004, 27 659, nr. 16, p.15 **productie 13**).

De aanbodsturing is inmiddels definitief door vraagsturing vervangen door de invoering van de WTZi in plaats van de WZV, de Zorgverzekeringswet ('Zvw') in plaats van de Ziekenfondswet per 1 januari 2006 en de inwerkingtreding van de WMG ter vervanging van de WTG per 1 oktober 2006. Het wettelijk instrumentarium voor de regulering van een vraaggestuurde zorgmarkt is daarmee gereed. Er bestaat op basis van de Zvw per 1 januari 2006 geen contracteerplicht meer voor zorgverzekeraars ten opzichte van ziekenhuizen. De tarieven zijn nog niet volledig geliberaliseerd (20% van de DBC-tarieven zijn in 2008 volledig vrijgegeven), doch dat verhindert niet dat voor het overige de marktwerking zich in volle omvang kan ontplooiën. Per 1 januari 2008 is het vergunningenregime van artikel 7 WTZi met betrekking tot de bouw van

ziekenhuisvoorzieningen komen te vervallen. De planning van de zorginfrastructuur van medisch specialistische zorg is daarmee afgeschaft.

20. De conclusie is, dat het macrokader is omgevormd van een directe toetssteen van de tarieven in de centrale aanbodsturing naar het BKZ als toetsingskader van de collectieve uitgaven, waarvan de ramingen een uitgavenplafond vormen dat bij overschrijding aanleiding vormt voor het kabinet en de minister om passende maatregelen te nemen. Maatregelen die niet meer op het zorgaanbod aangrijpen (vraagsturing) maar op de verzekeringsuitgaven door het nemen van pakketmaatregelen, eigen bijdrageregeling en van concurrentiebevorderende maatregelen.
21. Dergelijke maatregelen zijn niet nodig indien door premiestijging de extra vraag verdisconteerd wordt in de opbrengsten van de verzekeringen. Dan is de begroting immers weer in evenwicht. Indien de zorgvraag boven de raming uitkomt, is daarmee in de eerste plaats de raming onjuist gebleken, de premie onjuist vastgesteld of is verzuimd flankerend beleid te voeren. Bij vraagsturing kan de conclusie echter niet meer zijn, dat zorgaanbieders te veel zorg hebben geleverd naar aanleiding van vraag naar zorg, noch dat de tarieven vanwege de overschreden ramingen een compenserende korting wegens hogere productie enkel toelaten (de totale kosten zijn immers niet door de overheid begroot). De vraag kan men ramen, maar – anders dan het aanbod – niet normatief voorschrijven.

De ramingen

22. Het bovengenoemd systeem veronderstelt “*dat de raming van de uitgaven aansluit op de ontwikkeling van de vraag naar zorg*”. Realistische ramingen zijn onontbeerlijk voor een realistische premievaststelling door overheid en verzekeraars, zodat tekorten worden vermeden. Door de historie van een budgettaire benadering vanuit het aanbod zijn de ramingen in het recente verleden niet betrouwbaar gebleken. In de loop der jaren is het BKZ stelselmatig overschreden

Overzichtstabel:

	2003	2004	2005	2006	2007
overschrijding (mld euro)	1¼	1½	¾	½	¼

Zie *Macro Economische Verkenning 2007*, blz. 119 **productie 14**.

Dergelijke overschrijdingen wijzen erop dat VWS de ramingen van het BKZ op basis van de systematiek van het oude stelsel telkenmale heeft moeten bijstellen naar de realiteit van de ontwikkeling van de vraag.

23. In het *Hoofdlijnenakkoord* van kabinet Balkenende II was bijvoorbeeld voorzien in een groeiruimte van 2,7% per jaar. In de bijlage op het *Hoofdlijnenakkoord* CDA, VVD, D66 (kabinet Balkenende II) wordt voor de regeringsperiode 2004-2007 de begroting toegelicht. Als begrotingsbeleid is daarin onder 1 geformuleerd:

"uitgegaan wordt van het voorzichtig scenario van het Centraal Planbureau..... Voor elke sector wordt een reëel uitgavenplafond vastgesteld". (Financiële kader, Hoofdlijnenakkoord, p.1 **productie 15**)

24. Vlak voor de kabinetsformatie Balkenende II hebben de ministeries van VWS en van Financiën evenwel een rapportage *Financiële Bouwstenen Zorg* afgeleverd, waarin uitgebreid aandacht is besteed aan de ramingen van het BKZ (hoofdstukken 2, 3 en 5 **productie 16**). De werkgroep van VWS-Financiën concludeert:

"Alles overziende denkt de werkgroep dat het verstandig is om naar de huidige inzichten voor de periode 2003-2007 rekening te houden met een groei van de zorguitgaven die € 2 ½ à € 3 ½ mld hoger ligt dan de CPB-basisraming en het Strategisch Akkoord....De inschatting van de werkgroep is niet meer dan een best guess, met zowel opwaartse als neerwaartse risico's. (productie 16, p. 17).

Dit betekent dat deze ministeries op voorhand niet een groei van 2,7% verwachtten (zoals uiteindelijk in het BKZ is verwerkt), maar met een groei van tussen de 3,75 tot 4,25% rekening hielden. Het is in dat licht begrijpelijk dat het BKZ in de opvolgende jaren opwaarts moest worden bijgesteld, niet omdat aan zorgaanbieders en zorgverzekeraars enig verwijt kon worden gemaakt, maar omdat de overheid de zorguitgaven – tegen beter weten in – niet goed inschat.

25. Nu het overheidsbeleid in belangrijke mate steunt op de juiste raming van de zorguitgaven en de consequenties van overschrijding grote materiële effecten op verzekerden, zorgaanbieders en zorgverzekeraars kunnen hebben, is de norm van artikel 3:2 Awb, die een zorgvuldige voorbereiding verlangt bij verzamelen van alle relevante feiten voor beslissingen, van groot belang voor dit beleid. Als de minister uitgaat van onjuiste of willekeurige ramingen is zulks in strijd met artikel 3:2 Awb en het verbod van willekeur, neergelegd in artikel 3:4 Awb, en mitsdien onrechtmatig jegens diegenen die

daarvan nadeel ondervinden, zoals de ziekenhuizen wanneer zij in hun tarief dientengevolge worden gekort.

Prestatiecontract NVZ-VWS-ZN

26. Om de uitgaven te beheersen is de minister in overleg getreden met de NVZ als representatieve organisatie van ziekenhuizen om de mogelijkheden van doelmatigheidswinst in te zetten voor uitgavenbeheersing.
27. In 2004 werd de EMU-norm direct bedreigd. Het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport zag een noodzaak tot maatregelen vanwege de toenemende zorgvraag met bijbehorende overschrijdingen van het BKZ. In 2003 en 2004 werd door de ziekenhuizen voor respectievelijk € 105 miljoen en € 135 miljoen meer zorg verleend dan in het BKZ was opgenomen. Ieder departement diende een bijdrage te leveren aan de maatregelen ter beperking van het begrotingstekort van het Rijk om te kunnen voldoen aan de Europese normen, derhalve ook het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. In dat kader is door de regering een beroep gedaan op ziekenhuizen en zorgverzekeraars een bijdrage te leveren om de extra groei te realiseren zonder verdere verhoging van de geraamde uitgaven. Op 6 juli 2004 is het prestatiecontract Ziekenhuizen/convenant UMC's (hierna verder: "het Prestatiecontract" **productie 17**) gesloten tussen NVZ, Zorgverzekeraars Nederland (hierna 'ZN') en de minister. In de eerste overweging van het Prestatiecontract is opgenomen:

"Dat de regering zich geplaast ziet voor een overschrijding op de begroting voor het jaar 2004 voor meer dan 3%. In het kader van het Europese Stabiliteitspact zijn afspraken gemaakt waarbij de nationale regeringen ervoor zorg dienen te dragen dat een dergelijke overschrijding wordt teruggedrongen tot de – binnen het pact – overeengekomen norm van 3%. Zonder maatregelen zal de overschrijding van deze norm een blijvend karakter hebben.

Dat de Nederlandse regering besloten heeft dat ieder departement een bijdrage dient te leveren aan de oplossing van de overschrijding....."

28. De overschrijdingen op de raming ziekenhuiszorg van het BKZ in 2003 en 2004 van € 105 mln in 2003 en van € 135 mln in 2004, cumulatief € 240 mln, werden ingevolge de genoemde budgetdiscipline die het kabinet intern hanteerde gecorrigeerd (elke sector – zoals de zorg er een is – dient in beginsel eventuele overschrijdingen binnen het afgesproken uitgavenplafond – in casu het BKZ – te compenseren). Artikel 2 van het

Prestatiecontract vermeldt dat als gevolg van de geconstateerde overschrijdingen door compenserende korting de beschikbare ruimte voor groei voor 2004 in plaats van op 2,7% op 0,4% wordt gesteld.

29. Artikel 3 van het Prestatiecontract bevat vervolgens voor de ziekenhuizen de kern van het contract, namelijk de afspraak dat de ziekenhuizen in 2005 t/m 2007 "de overbruggingsperiode" (waarover hierna nog meer) door doelmatigheidsverbetering extra groei realiseren boven op de beschikbare middelen van het BKZ. De afspraak behelst dat op macroniveau een doelmatigheidsverbetering van 2,3% of wel van € 240 mln wordt gerealiseerd, waarmee de extra groei – maar thans niet gefinancierde groei – op het volume van de overschrijding van 2004 zou uitkomen. 2005 is een ingroei-jaar met een halve doelstelling. Voor 2007 wordt weer een zelfde bijdrage van de ziekenhuizen verwacht van 2,3% ofwel € 240 mln. Per saldo werden deze bedragen als een korting in het tarief doorgevoerd. Conform afspraak zou dit niet leiden tot minder zorgvolume, te weten het in het BKZ geraamde volume.
30. Overschrijdingen van het BKZ zouden worden opgevangen door *andere* maatregelen dan kortingen op de tarieven, zoals in de zesde paragraaf van de considerans van het Prestatiecontract is opgenomen:

"Dat de overheid eindverantwoordelijk blijft voor het uitgavenniveau dat tot de collectieve lasten wordt gerekend. Indien er sprake is van een overschrijding van het collectieve uitgavenniveau kan de overheid ingrijpen door aanpassing van het basispakket of invoering van de eigen bijdrage of eigen risico (no claim)".

31. De minister heeft te weinig gedaan met de omvang van het verzekerde pakket en systematiek van de eigen betalingen. Van alle pakketmaatregelen ad € 3 mrd die mogelijk waren volgens het hiervoor reeds genoemde rapport *Financiële bouwstenen zorg (productie 16* blz. 4, 9 en 10) en de opbrengsten van de eigen betalingen ad € 2,7 mrd (idem, p.7-8) zijn door de minister volgens het Hoofdpijnenakkoord slechts voor € 2,1 mrd aan maatregelen ingezet (idem, p. 3). Overschrijdingen van het BKZ zijn niet alleen uitdrukking van een niet goed ingeschatte stijging van de zorgvraag, maar eveneens van verzuimde maatregelen. Het BKZ raamt immers niet alleen de zorgvraag, maar tegelijkertijd de effecten van de kostenbeheersingmaatregelen van de overheid aan de verzekeringskant.

Aanwijzingen 2007-2011

32. Naar aanleiding van een verwachte overschrijding heeft de minister medio 2006 een compenserende korting in de tarieven van ziekenhuizen voor 2007 aangekondigd. In de voorgenomen aanwijzing (zoals medegedeeld bij brief van 16 oktober 2006 aan de voorzitters van de Eerste, respectievelijk Tweede Kamer **productie 17**) gaf de minister als zakelijke inhoud van de op basis van artikel 7, eerste lid onder c WMG aan de NZa te geven aanwijzing aan, dat gekort zou worden in de tarieven van ziekenhuizen een bedrag van € 192 mln, ongeacht de wijze waarop de NZa deze korting zou inrichten. Deze korting kwam neer op 1,6% van het totale budget voor ziekenhuiszorg.
33. Eisers zijn daartegen bij dagvaarding van 6 oktober 2006 opgekomen in kort geding, hetgeen geleid heeft tot een vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Den Haag van 20 november 2006 (KG 06/1179, LJN-nr AZ 2644 **productie 18**). De Voorzieningenrechter heeft de Staat geboden de door haar gefrustreerde onderhandelingen voort te zetten teneinde een oplossing te vinden voor de overschrijding 2007, overwegende dat het niet in de rede lag dat uitsluitend de ziekenhuizen de gevolgen van de overschrijding zouden moeten dragen en dat de 'pijn' gelet op het contract evenwichtig zou moeten worden verdeeld (r.o. 3.4 en 3.7).
34. Nadat gebleken was dat de gecumuleerde overschrijding in 2007 was opgelopen tot € 291 mln, hebben de voortgezette onderhandelingen tussen NVZ en de minister geresulteerd in een overeenkomst, waarbij de structurele korting ten laste van de ziekenhuizen wordt teruggebracht tot € 145,5 mln.
- Zie de overeenkomst van 11 januari 2007, gedagtekend op 1, respectievelijk 8 en 11 februari 2007 **productie 19**.
35. Bij deze overeenkomst is tevens afgesproken, dat partijen zich zullen wenden tot het Centraal Planbureau ('CPB') met het oog op totstandkoming van nieuwe ramingen van de ziekenhuiszorg voor de nieuwe kabinetsperiode. Deze overeenkomst laat onverlet de regeling van nadere overschrijdingen, mochten deze zich voordoen. Daartoe is enkel afgesproken dat in een later stadium afspraken zullen worden gemaakt.
36. Op 7 februari 2007 is tussen de TK-fracties van CDA, PvdA en ChristenUnie een Coalitieakkoord gesloten (*Kamerstukken II, 2006-2007, 30 891, nr. 4 productie 20*), waarin een financieel kader is opgenomen, dat nog onvoldoende rekening houdt met de gestegen zorgvraag.

37. Naar aanleiding van contacten van de partijen van het Prestatiecontract met het CPB, heeft dat bureau haar prognoses niet bijgesteld en de groei van het volume van de zorg over de komende jaren 2008-2011 gesteld op 2,8% in het algemeen en voor de ziekenhuiszorg op 2,5% (*Een scenario voor de zorguitgaven 2008-2011*, CPB Document no. 121, p. 32 **productie 21**). Deze prognose is gebaseerd op een gemiddelde van de extrapolatie van de volumegroei in de periode 1990 – 2000 van 1% (nog onder de oude aanbodregulering van de overheid) en de groei over de jaren 2000 tot 2004 van 5% (na vrijgave van de productieafspraken aan zorgverzekeraars en ziekenhuizen). Aangezien het vorige regeerakkoord nog uitging van een groei van 2,7% is een raming in het BKZ op basis van 2,5% een verlaging van 0,2%. Het overschrijdingsprobleem is daarmee op voorhand structureel en in hoofdzaak veroorzaakt doordat de raming niet realistisch is. De reële stijging van de zorgvraag heeft immers de jaren ervoor in de orde van grootte van 4% per jaar bedragen.
38. Op verzoek van de NVZ, de Nederlandse Federatie van Universitaire Medische Centra (NFU) en Zorgverzekeraars Nederland (ZN) heeft Prismant een rapport uitgebracht over realistische ramingen voor de periode 2008-2011 **productie 22**. Zij komt daarbij op een aanzienlijk hoger percentage voor de ziekenhuiszorg, namelijk 3,4% in plaats van de 2,5% van het CPB. Overleg tussen partijen heeft geleid tot een ophoging van het BKZ voor de cure (inclusief de ziekenhuiszorg) met € 448 mln in 2008, oplopend tot € 2.063 mln in 2011 (zie hiervoor onder '*Algemeen*', sub 5). Daarmee wordt enerzijds door de minister erkend dat de eerdere ramingen niet juist waren, maar anderzijds geen afstand gedaan van het besluit tot redressering van eerdere en toekomstige "overschrijdingen". De groeiruimte komt hiermee op 3,1% per jaar, nog altijd te weinig wanneer de groei doorzet als in de jaren 2000-2004 met 4% per jaar. Een overschrijding van ca 1% per jaar is niet denkbeeldig en nu reeds in de ramingen ingebakken.
39. In 2007 blijkt een overschrijding van het BKZ te hebben plaatsgevonden met ruim 4%, ca € 500 mln., waarvan door een afspraak tussen NVZ en de minister € 291 mln is opgevangen, derhalve resteert ca € 200 mln. De resterende overschrijding zal bij structureel karakter een overschrijding van het BKZ (op basis van de CPB-raming) vanaf 2008 tot gevolg hebben van ca 2%. Bij brief van 5 oktober 2007 heeft de minister aan de NVZ toegelicht, dat in de Voorjaarsnota 2007 een overschrijding van ongeveer een half miljard voor 2007 werd geconstateerd in de sector ziekenhuis- en medisch specialistische zorg. Deze extra overschrijding van € 200 mln wordt in 2007 naar een daartoe strekkend kabinetsbesluit weliswaar niet gecompenseerd. Echter:

“Als gevolg van het structurele effect leidden deze hogere uitgaven echter wel tot een hogere uitgavenraming 2008 en diende deze hogere uitgavenraming wel betrokken te worden in de begrotingsvoorbereiding 2008” (Brief 5 oktober, kenmerk CZ/FBI-2799466, **productie 23** p. 2).

40. Dit betekent niet meer en anders dan dat een korting ter grootte van het verschil van ca € 500 mln - € 291 mln = € 200 mln voor 2008 door de minister in het vooruitzicht werd gesteld. De minister heeft in een voorhangprocedure een tweetal kortingen aangekondigd, namelijk een “taakstellende efficiencybesparing van € 160 miljoen” voor 2008 en een dergelijke besparing oplopend van € 175 mln in 2009 tot € 400 mln in 2011: de opdracht voor de NZa

“met inachtneming van de bij de invoering van maatstafconcurrentie vanaf 2009 te hanteren uitgangspunten en aannames en rekening houdend met het structurele effect van de kortingsmaatregel 2008, een taakstelling van in totaal € 175 miljoen in 2009, € 250 in 2010 en € 400 in 2011 te realiseren”

(Brief aan voorzitters EK en TK, 21 september 2007, kenmerk CZ/FBI-2797469, p. 3 **productie 24**). De korting van 160 mln wegens de overschrijding van het BKZ in 2007 wordt derhalve structureel verwerkt in de periode 2008-2011. De € 160 mln is lager dan het becijferde verschil van € 200 mln. Hierover schreef de minister reeds op 23 juli 2007 (kenmerk (CZ-FBI 2783303 **productie 25**) aan de NVZ”over de taakstelling van € 160 mln:

“Dit is minder dan de oorspronkelijk informeel gemelde taakstelling” (p. 2), waarmee de beide bedragen aansluiten en de taakstelling volledig verklaard wordt uit de overschrijding van het BKZ 2007.

41. De voorhangprocedure heeft niet geleid tot wijzigingen, waarop een aanwijzing aan de NZa is gevolgd op 1 november 2007 (kenmerk CZ/FBI/2806758 **productie 26**). De aanwijzing van 1 november 2007 heeft geleid tot de Beleidsregel *Kortingsmaatsregel 2008* (CI-1036 **productie 27**) van de NZa en tot een ambtshalve aanpassing van de tarieven van de ziekenhuizen voor het jaar 2008 bij tariefbeschikkingen van de NZa d.d. 11 en 12 december 2007, waartegen de ziekenhuizen massaal administratief bewaar hebben ingesteld. Tevens is de taakstelling voor de jaren 2009-2011 verwerkt in de aanwijzing van 29 oktober 2007 (kenmerk MC-U-2808582) omtrent de maatstafconcurrentie (zie hierna).
42. De structurele kortingen, opgelegd en aangekondigd, zijn aanleiding voor eisers in rechte ditmaal niet als voorlopige ordemaatregel als in 2006, doch ten principale de rechtmatigheid van de aanwijzingen voor 2008 en met name 2009-2011 aan de orde stellen en de dreigende schade af te wenden.

Verantwoordelijkheid ziekenhuizen voor zorgproductie

43. Onvoldoende gewicht is in het kort geding vonnis van 20 november 2006 nog gehecht op het gegeven dat de ziekenhuizen niet verantwoordelijk kunnen zijn voor de gestegen zorgvraag. Enerzijds is de volumeontwikkeling een demografisch gegeven (bevolkingsgroei, vergrijzing, hogere levensverwachting die echter gepaard gaat met langduriger ziekte), anderzijds is deze ingegeven door autonome ontwikkelingen in de geneeskunde wereldwijd, in de (internationale) medisch-technische ontwikkelingen van medisch-specialistische zorg (er kan steeds meer). De zorgverzekeraars hebben jegens hun verzekerden een zorgplicht op grond van de artikelen 10, 11 en 14 Zvw. Zij zijn daardoor gehouden met de zorgplicht corresponderende productie-afspraken met de ziekenhuizen overeen te komen. De ziekenhuizen kunnen nimmer *voorbij* de zorgplicht van de zorgverzekeraars volume contracteren. Dergelijke uitgaven aan niet-verzekerde zorg zullen immers onrechtmatig worden geoordeeld door de NZa en daarvoor ontvangen de zorgverzekeraars geen vergoeding uit het vereveningsfonds. De zorgverzekeraars contracteren derhalve slechts verzekerde zorg. Alle ziekenhuiszorg valt onder het verzekerde pakket (uitzonderingen zijn in dit verband irrelevant). Dat betekent echter dat het primair de dekking onder zorgverzekering is, die de uitgaven voor de ziekenhuiszorg bepaalt en niet de ziekenhuizen. Hierover voeren de Minister en de zorgverzekeraars de controle.
44. Indien de ziekenhuizen *onder* het benodigde zorgvolume zouden contracteren, zouden de verzekerden onverminderd recht hebben op de verzekerde zorg en daarvoor bij het oplopen van de wachtlijsten kunnen uitwijken naar het buitenland (vgl. recentelijk HvJEG, 16 mei 2006, C-372/04, GJ 2006/96, Watts/NHS). Een rem op de productieafspraken door nationale ziekenhuizen zou voor het BKZ geen effect sorteren. De zorg is geen gesloten nationaal systeem, maar een open markt.
45. De ziekenhuizen zijn ook echter niet in de positie het zorgvolume op macroniveau te bewaken. De ziekenhuizen worden in het stelsel geacht met elkaar te concurreren en geen (krachtens artikel 6 Mededingingswet verboden) marktverdelingsafspraken te maken. Zij dragen individueel geen kennis van de productieafspraken van andere ziekenhuizen en kunnen hun contracten met de zorgverzekeraars daarop niet afstemmen. In artikel 5 van het Prestatiecontract uit 2004 **productie 17** is daarom de taak om het macrovolume te bewaken bij de zorgverzekeraars gelegd:

"Indien de productieafspraken worden overschreden.... worden – conform het principe 'boter bij de vis' – de kosten voor het ziekenhuis niet vergoed. Op deze wijze hebben de verzekeraars controle op de kostenontwikkeling van de productie op meso-niveau en daarmee, gecumuleerd, ook de macrostijging. Zorgverzekeraars kunnen hiermee de afspraak 'minder meer' plus 'groei door doelmatigheid' handhaven en derhalve niet meer contracteren dan er ruimte is".

46. Indien de zorgverzekeraars het macrovolume niet bewaken, of niet kunnen bewaken en de overheid overigens geen maatregelen (omvang pakket, eigen bijdragen e.d.) neemt om de kosten van de zorgverzekering als zodanig te beperken, is het onrechtmatig, want disproportioneel, om de uitgaven die niet uit door de overheid en de verzekeraars vastgestelde premies kunnen worden voldaan ten laste te brengen van de ziekenhuizen. Het risico van onjuiste ramingen, van onjuiste premievaststelling, van eventueel het nalaten om pakketmaatregelen te nemen of gebruikremmende eigen bijdragen in te voeren, wordt afgewenteld op de ziekenhuizen die niet verantwoordelijk zijn voor de ramingen, noch voor de hoogte van de premies, noch voor de omvang van het verplicht verzekerde pakket, noch voor de financieringswijze van de zorgverzekering.

C. Onrechtmatigheid volumekorting

47. De overschrijdingen vinden hun oorsprong vooral in de ondoordachte extrapolatie van een beheerste groei, zoals deze beleidsmatig wenselijk werd geacht (2,7% groei in Kabinetsperiode Balkenende II), die echter al in de afgelopen jaren geen reële inschatting bleek van de feitelijk zich ontwikkelende zorgvraag. De politieke wens was vader van de gedachte ramingen. Ook de recente analyse van het CPB kan niet zondermeer ten grondslag aan een budgetdiscipline worden gelegd, gelet op de grove en willekeurige schatting die er de basis voor vormt. Als hiervoor onder 22 t/m 25 aangegeven, zijn de ramingen onzorgvuldig want zij houden geen of onvoldoende rekening met reële vraagstijging resp. de kans op het voortzetten van de reeds geconstateerde trend. De norm als wens verdraagt zich niet met de rechten die aan verzekerden zijn toebedeeld in de Zvw en de verantwoordelijkheid van de overheid voor evenwichtige tarieven in de zorg (ingevolgd de WMG). De raming als norm is achterhaald.
48. De aangekondigde korting past niet in het per 1 oktober 2006 gecompleteerde stelsel van regulering van de zorg. Weliswaar vermeldt de memorie van toelichting van de Wet marktordening gezondheidszorg (bij artikel 7, tweede lid jo artikel 57, vierde lid onder b):

"Toch kunnen uit het oogpunt van beheersing van collectieve lasten ingrepen in de macrokostenontwikkeling nodig zijn. De minister bepaalt of, en zo ja, in welke sector en in welke mate een ingreep nodig is. Dat is zijn politieke verantwoordelijkheid. De

*zorgautoriteit is verantwoordelijk voor de precieze wijze waarop een dergelijke maatregel verder wordt uitgewerkt". (MvT, TK 30 186, nr. 3, p. 17 **productie 28**),*

Dat is geen vrijbrief voor de minister om tekorten weg te werken via de tarieven.

49. Er kan immers niet worden voorbij gezien aan het feit dat sedert de invoering van artikel 11, tweede lid WVG, het stelsel als geheel ingrijpend is gewijzigd en door de wetgever is beleden dat de invloed op het totaal der kosten primair langs de weg van de beheersing van zorgverzekering dient plaats te vinden en niet via de aanbodregulering van ziekenhuizen en korting op hun tarieven. De enkele *mogelijkheid* van het opleggen van een korting kan niet langer als een rechtvaardiging, een voldoende motivering van een dergelijke maatregel dienen, nu zij de status heeft gekregen van een ultimum remedium. Een toereikende motivering van een dergelijke maatregel moet inhouden, dat ingrijpen via de zorgverzekering niet mogelijk is of onevenredig nadeel voor anderen zou betekenen. Nu goede ramingen het probleem van de overschrijding kunnen wegnemen, de verzekerden primair collectief de last van hun eigen zorgvraag hebben te dragen en de zorgverzekeraars de last van hun zorginkoop- en contracteerbeleid, valt niet in te zien dat niet langs de weg van maatregelen in het kader van de Zvw kortingen in de tarieven kunnen worden voorkomen.
50. Desgevraagd door kamerleden (van de VVD-fractie) in de voorhangprocedure naar aanleiding van de voorgenomen aanwijzing inzake de taakstelling 2008-2011 of de minister niet maatregelen aan de zijde van de financiering van de zorg heeft overwogen, zoals pakketverkleining of ophoging van de eigen bijdragen van burgers, antwoordde de minister:

*"maatregelen om de inefficiency in de sector terug te dringen hebben momenteel de voorkeur boven maatregelen als pakketverkleining of ophoging van de eigen bijdragen. Laatstgenoemde maatregelen hebben als consequentie dat de patiënt of premiebetaler betaalt voor het instandhouden van de bestaande inefficiency van ziekenhuizen". (Brief aan voorzitter TK d.d. 3 december 2007, kenmerk CZ-CB-U-2808017, p. 3 **productie 29**).*

De minister veronderstelt, dat er feitelijk voor inefficiency wordt betaald. Dat heeft de minister in het geheel niet aangetoond. De raming van het volume en haalbare inefficiency staan los van elkaar. Het door de minister gesuggereerde verband is volstrekt willekeurig.

51. De ziekenhuizen dragen met de aangekondigde korting de lasten ten bate van de gemeenschap waarvoor zij niet verantwoordelijk zijn, hetgeen strijdig is met het beginsel van *égalité devant les charges publiques* (artikel 3:4 Awb).
52. Relevant is in dit verband nog dat een maatregel ter voorkoming van begrotingstekorten niet in dezelfde mate noodzakelijk is als in 2004. Het EMU-saldo is in het geheel niet meer bedreigd door het naderen van 3% ondergrens, zoals blijkt uit het recente Centraal Economisch Plan 2007 **productie 30** en de Macro Economische Verzekeringen 2008 **productie 31** (p.118-120) van het CPB: het EMU-saldo 2008 wordt geschat op + 0,7%.

Zonder gevolgen voor de EMU-norm kan de overschrijding 2007 in de volgende jaren in de ramingen worden meegenomen.

53. De ingreep (korting) in de ziekenhuistarieven vanwege problemen met de wettelijke ziektekostenverzekering is op te vatten als een regulering van eigendom, waarbij een *fair balance* tussen doel, maatregel en lasten voor de ziekenhuizen ontbreekt, zulks in strijd met artikel 1, eerste Protocol van het EVRM 1950.
54. De aangekondigde korting leidt voorts tot een beperking van de mededinging en is daarmee in strijd met de artikelen 10, 81 en 82 van het EG-Verdrag. De wettelijke tarieven verstoring concurrentieverhoudingen en leiden tot afgestemd gedrag van de zorgverzekeraars. Daarnaast is de aangekondigde korting in strijd met de artikelen 43 en 49 van EG-Verdrag, daar zij het vrije verkeer van diensten en het recht van vestiging belemmert. Door de budgettaire korting wordt de toetreding van buitenlandse zorgaanbieders beperkt, omdat geen marktconforme tarieven kunnen worden gehanteerd en bovendien het systeem van kortingen een belemmering vormt voor het doen van investeringen in zorgactiviteiten in Nederland. Deze belemmeringen kunnen niet worden gerechtvaardigd met een beroep op het algemeen belang.
55. Naar vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de EG kan het vrije verkeer als groundbeginsel van het Verdrag slechts worden beperkt door regelingen die hun rechtvaardiging vinden in het algemeen belang en die gelden voor iedere persoon of onderneming die op het grondgebied van bedoelde staat werkzaam is, terwijl de beperkingen objectief noodzakelijk moeten zijn om de gestelde doelen te bereiken en bovendien niet verder mogen dan voor het bereiken van deze doelstellingen noodzakelijk is. De budgettaire korting voldoet niet aan deze eisen.

D. Maatstafconcurrentie

Algemeen

Huidig budgetteringsstelsel

56. De maatstafconcurrentie is een nieuw tariefmechanisme ter regulering van de tarieven voor medisch specialistische zorg (ziekenhuis- en revalidatiezorg). Vanaf de jaren 80 geldt voor de instellingen een budgetfinanciering. Individuele verrichtingen worden gedeclareerd aan zorgverzekeraars en patiënten, maar deze tarieven zijn afgeleid van een budget 'Aanvaarbare Kosten', dat jaarlijks voor de individuele instellingen wordt vastgesteld door de NZa en haar voorgangers het Centraal Orgaan Tarieven Gezondheidszorg en College Tarieven Gezondheidszorg (COTG resp. CTG). In het budget worden verwerkt parameters aantallen erkende bedden, aantallen specialistenplaatsen, de investeringslasten gesanctioneerd door bouwvergunningen uit hoofde van de planningswetgeving (WZV en WTZi) etc. Het productievolume wordt in het budget vastgelegd op basis van productieafspraken met zorgverzekeraars. Een jaarlijkse nacalculatie zorgt achteraf voor het afrekenen en afstemmen van kosten en budget. Het budget betreft het zogenaamde 'A-segment' van de zorg. De opbrengsten in het A-segment dienen ter dekking van het door de NZa vastgestelde budget Aanvaarbare Kosten per ziekenhuis. Daarnaast zijn in 2005 voor een klein deel van de ziekenhuiszorg (ca 10%) de tarieven vrijgeven, het 'B-segment'. Daarvoor was nodig om een integrale tariefstructuur op te stellen. Per geïntegreerde ziekenhuisprestatie (een diagnose-behandeling-combinatie: 'DBC') geldt een tarief. In het A-segment vormen zij tezamen het budget Aanvaarbare Kosten (het doet er dan ook niet veel toe of de DBC-tarieven helemaal juist vastgesteld zijn). In het B-segment kunnen voor de DBC in vrije onderhandelingen prijzen worden vastgesteld. Voor deze DBC's in het B-segment zijn deze tarieven 'all inclusive'. De kapitaallasten en honoraria medisch specialisten zijn in het tarief per gedeclareerde DBC inbegrepen en niet afzonderlijk declareerbaar (niet nacalculerbaar).

Liberaliseringsbeleid

57. Het Kabinet Balkenende II heeft de weg naar liberalisering ingeslagen. In de beleidsbrief *Ruimte voor betere zorg* (Kamerstukken II, 2006-2007, 29 248, nr. 30 **productie 32**) heeft de minister een perspectief geschetst van uitbreiding van het B-segment en invoering van een tijdelijk instrument van prijsbeheersing (maatstafconcurrentie) in de overgang naar een eindperspectief van geliberaliseerde prijzen. Het Kabinet Balkende IV gaat door op deze ingeslagen weg en de minister ontvouwde in brieven aan het parlement *Waardering voor betere zorg* (Kamerstukken II, 2006-2007, 29 248, nr. 37 **productie 33**) en *Met zorg*

ondernemen (MC-U-2783995 **productie 34**) de uitwerking van de maatstafconcurrentie als transitie-instrument.

Aanwijzing

58. Bij de aanwijzing van de Minister van 29 oktober 2007 (kenmerk MC-U-2808582 **productie 35**), hierna 'de Aanwijzing', heeft de Minister de NZa opgedragen voorbereidingen te treffen ten behoeve van de wijziging van de bekostiging van de ziekenhuiszorg (medisch specialistische zorg), waarbij de medisch specialistische zorg voor de bekostiging opgedeeld wordt in vier segmenten, het A0-, A1-, B1- en B-segment, waarbij de bekostiging per segment zal verschillen. De prestaties in het A0-segment zullen niet rechtstreeks bij patiënten en/of hun zorgverzekeraars in rekening worden gebracht. Het betreft hier onder meer de beschikbaarheidvergoedingen voor spoedeisende hulp, de 'academische component' (bijzondere topreferente zorgfuncties) en de bekostiging van opleiding van medisch specialisten. Het A1-segment (medische verrichtingen onder vergunning volgens de Wet Bijzondere Medische Verrichtingen, de intensive care en dure en/of weesgeneesmiddelen) zal vaste of maximum tarieven kennen. In het B1-segment en het B-segment zullen voor de prestaties vrij onderhandelbare tarieven gelden, doch het A1- en het B1-segment zullen tezamen gebracht worden onder de werking van een prijsplafond per instelling, nader aan te duiden als de 'maatstaf'. In het zowel het A1-, B1- en B-segment wordt gedeclareerd op basis van DBC's. De maatstaf wordt ingevoerd per 2009. In de maatstaf zullen taakstellingen voor de sector die zijn opgelegd na 2007 moeten worden verwerkt, waarna de maatstaf wordt vastgesteld voor de hele periode 2009 t/m 2011 (op basis van realisatiecijfers 2007). De maatstaf zal in 2009 voor 25% gebaseerd zijn op het in de aanwijzing geschetste doelmatigheidsniveau en voor 75% op de historische instellingsspecifieke kosten (budgetten), zoals die t/m 2008 zullen hebben gegolden. In 2010 is deze verhouding 50%-50% en in 2011 75%- 25%. De maatstaf zal 'afhankelijk van de mate waarin vrije prijsvorming tot goede resultaten leidt' per 2012 kunnen worden beëindigd. Aldus is het maatstafstelsel een transitie-instrument, omdat daarna in de A1- en B1-segmenten ook vrije prijsvorming zal plaatsvinden, zoals thans reeds voor het B-segment het geval is. Dit transitiesysteem is in de wijze waarop de minister het ter uitvoering aan de NZa heeft opgedragen onrechtmatig jegens eisers, hetgeen zij hierna zullen toelichten.

Theorie van de maatstafconcurrentie

Beschrijving

59. Maatstafconcurrentie is een theorie die is ontwikkeld door de Amerikaanse econoom Andrei Shleifer van het gezaghebbende Massachusetts Institute of Technology (1985 in The RAND Journal of Economics, nr. 16, *A theory of yardstick competition*, p. 319-327 **productie 36**). Relevant is dat deze theorie bedoeld is voor marktsituatie van monopolistische concessiehouders ('franchised monopolies'). Prijzen voor de concessiehouder (drinkwater- of energiebedrijf) worden van overheidswege gebaseerd op de kosten van het bedrijf. Omdat de overheid de efficiency niet kan beoordelen, zal van de prijs ook geen prikkel tot efficiency uitgaan. Innovatie ten behoeve van kostenreductie blijft dan achterwege. Basisgedachte van de 'yardstick competition' is dat de concessiehouder dezelfde kosten vergoed krijgt in zijn gereguleerde prijs als vergelijkbare bedrijven op de vrije markt, waar wel op basis van concurrentie een prikkel tot kostenreductie door innovatie bestaat. De vergelijking met deze 'maatstaf' garandeert dat de monopolist kostenefficiënt werkt, zo de theorie.
60. De maatstaf veronderstelt dus allereerst vergelijkbaarheid, zodat de prijsregulator (i.c. de overheid) kan aantonen, dat een eventueel verlies door de op de maatstaf gebaseerde prijzen voor rekening van verkeerde keuzes van het management kan worden gebracht:

"Unless the regulator can credibly threaten to make inefficient firms lose money (or, alternatively, can prove in court that firms chose to be inefficient and that their practices were imprudent), cost reduction cannot be enforced" (Shleifer 1985, **productie 36** p. 323).

Schleifer noemt het voorbeeld van het Medicare vergoedingsstelsel voor ziekenhuizen in de Verenigde Staten ter illustratie van zijn theorie. Het stelsel van Medicare (voor zorg aan gehandicapten en ouderen) is niet zonder problemen, maar lijkt op yardstick competition, omdat de hoogte van de vergoedingen voor de Medicare voor patiëntbehandeling voor 500 diagnostisch gerelateerde groepen ('DRGs') wordt ontleend aan het gemiddelde bij vergelijkbare ziekenhuizen (op de vrije markt). De onderhavige procedure draait om dit punt, dat in casu de aan de ziekenhuizen opgelegde maatstaf geen juiste gespecificeerde maat voor efficiëntie is, maar een betrekkelijk willekeurige rekengrootte. Er is geen vergelijkingsmaatstaf ontleend aan de efficiency van ziekenhuizen op een vrije markt, want deze ontbreekt geheel in Nederland (en buitenlandse tarieven zijn onvergelijkbaar). De ziekenhuizen sluiten in de regel hun exploitatie jaarlijks met een zeer bescheiden positief saldo (voorzichtigheidsmarge) af.

Hun bedrijfsvoering is afgestemd op de tariefsystematiek die over vele decennia door de overheid is uitgewerkt. Als zij verliezen op de nieuwe maatstaf, dan is dat niet vanwege de keuze 'to be inefficient', noch omdat zij 'imprudent' waren, maar omdat hun bedrijfsvoering was afgestemd op overheidstarieven en zich niet naar believen binnen korte tijd kunnen instellen op een gemiddeld maatstaffarief, zoals hierna zal worden toegelicht.

Voorwaarden voor maatstafconcurrentie

61. De theorie voor de maatstafconcurrentie is verder uitgewerkt en algemeen neemt men aan dat een aantal voorwaarden aanwezig moeten zijn voor het zinvol kunnen invoeren van maatstafconcurrentie. Het CPB noemt in een verkennende en voor de overheid richtingwijzende studie uit 2000 een viertal principiële voorwaarden:

- Er moet een vorm van marktfalen bestaan
- De agenten moeten vergelijkbaar zijn, anders is er geen zinnige maatstaf te bedenken
- De agenten moeten private informatie (d.w.z. meer dan de prijsregulator heeft) hebben die hen prikkelt tot efficiency
- De output van partijen moet verifieerbaar zijn.

Daarnaast noemt het CPB ongewenste neveneffecten – die vermeden moeten kunnen worden – waarvan de belangrijkste zijn:

- Agenten moeten niet geprikkeld worden op kwaliteit of andere niet gemeten variabelen te bezuinigen
- De intrinsieke motivatie van agenten kan afnemen
- De agenten kunnen minder gaan investeren in zaken waar ook concurrerende agenten baat bij hebben.

Voorts noemt het CPB belemmeringen in de sfeer van:

- Problemen met meetbaarheid
- Problemen met corrigeren voor verschillen tussen agenten
- Problemen met in het bijzonder adequate correctie van verschillende niveaus van investeringen in het verleden.

Uiteindelijk betekent dit, dat de op deze verschillende aspecten beoordeelde baten van maatstafconcurrentie groter moeten zijn dan de kosten (CPB, Working paper, No 133, *Yardstick competition. Theory, design, and practice*, Den Haag 2000 **productie 37**, p. 6.

62. Zoals eisers hierna zullen aantonen is aan de voorwaarden voor maatstafconcurrentie niet voldaan en treden dermate belemmeringen en problemen op, dat de rechtvaardiging aan de invoering van maatstafconcurrentie komt te ontvallen. De minister van VWS handelt bestuurlijk onzorgvuldig en daardoor onrechtmatig indien coûte que coûte de maatstafconcurrentie wordt ingevoerd per 2009.

Voorbeelden van maatstafconcurrentie

63. Vormen van maatstafconcurrentie functioneren onder toezicht van de Opta op het gebied van de telecommunicatie en onder toezicht van de DTe (onderdeel Nederlandse mededingingsautoriteit) op het gebied van het energietransport. In beide gevallen gaat het om de kosten van de infrastructuur die door bedrijven voor hun telecommunicatiediensten en ter distributie van energie worden benut. De maatstaf beperkt zich tot de kosten van ruwweg het technische product. Hier is een vorm van marktfalen omdat de infrastructuur uniek is en onder concessie van de overheid wordt beheerd. De kosten zijn in dit systeem inmiddels kennelijk met een maatstaf te meten (zie R.C.G. Haffner en P. Meulmeester, *Op zoek naar effectieve maatstafconcurrentie*, Tijdschrift voor Politieke Economie 2006 jaargang 27 (5), 42-60 **productie 38**). Dit succes van een beperkte vorm van maatstafconcurrentie zal de overheid aangemoedigd hebben tot het veel ambitieuzere programma van maatstafconcurrentie voor de ziekenhuizen. Het verdient wel vermelding dat de maatstafconcurrentie voor de energienetwerken pas in volle omvang in werking trad na een overgangperiode van 6 jaar. Netwerkbeheerders werden op basis van de DEA-methode vanwege de geconstateerde historische verschillen in efficiëntie en gehanteerde tarieven deze overgangperiode gegund om het gemeten niveau van efficiency te bereiken (Haffner en Meulmeester 2006 **productie 38**, p. 53). Deze overgangstermijn vond plaats in een sector waar er – zeker vergeleken bij de ziekenhuissector – sprake is van een betrekkelijk homogeen product.

Aanbeveling maatstafconcurrentie door CTG/Zaio/NZa

64. Het systeem van maatstafconcurrentie is door de NZa, respectievelijk door haar voorganger het CTG/Zaio (Zorgautoriteit in oprichting) omarmt en als tussenstap voor de liberalisering gepresenteerd. Zie daarvoor:
- a. CTG/Zaio, *De Zichtbare Hand. Uitvoeringstoets Ziekenhuisbekostiging*, Utrecht 2006 (eerste uitvoeringstoets) **productie 39**
 - b. P. Agrell, P. Bogetoft, R. Halbersma, M.C. Mikkers (NZa), *Yardstick competition in multiproduct hospitals*, Utrecht 2007 **productie 40**
 - c. NZa, *Hoofdpijnen deregulering tarieven ziekenhuiszorg*, Utrecht februari 2007 **productie 41**
 - d. NZa, *Op weg naar vrije prijzen*, Utrecht, maart 2007 (tweede uitvoeringstoets) **productie 42**

Beleidsvoornemens minister VWS omtrent maatstafconcurrentie

65. De minister van VWS heeft de maatstafconcurrentie reeds bij de invoering van de WMG in de toelichting op de wet geïntroduceerd als transitie-instrument voor liberalisering van deelmarkten in de zorg met een verwijzing naar de bovengenoemde studie van het CPB. In de Memorie van toelichting van de WMG (TK 2004-2005, 30 186, nr. 3, blz. 16 en 17 **productie 43**) staat daarover onder meer het volgende vermeld:

“ 5.3.1 Reguleren tarieven

De afgelopen twintig jaar sloot de toepassing van het instrumentarium voor tariefregulering aan bij het systeem van aanbodregulering. Het stimuleert zorgaanbieders echter onvoldoende tot (micro)doelmatigheid en kostenbewust handelen. De sleutel tot verbetering ligt in het meer in evenwicht brengen van prestatie en kosten. Daarom heeft de zorgautoriteit tot opdracht in deelmarkten waar (nog) geen vrije tariefvorming mogelijk is, nieuwe vormen van tariefregulering te ontwikkelen om marktwerking na te bootsen en zo een efficiënte bekostiging van zorgaanbieders te realiseren. Dat kan onder andere door de prijs van een prestatie vast te stellen op basis van efficiëntievergelijking (maatstafconcurrentie). De meest efficiënte bedrijven vormen in dat geval de efficiëntiegrens. De vastgestelde tarieven bevatten voor de meest efficiënte bedrijven een prikkel om hun niveau van efficiëntie steeds verder te verbeteren. Minder efficiënte bedrijven krijgen een stimulans die verbetering bij te houden. De niet efficiënte bedrijven worden geprikkeld hun bedrijfsprocessen zo in te richten dat zij op het efficiënte niveau terecht komen.

Maatstafconcurrentie

Maatstafconcurrentie krijgt bijvoorbeeld vorm door voor een bepaald zorgproduct het tarief vast te stellen op de gemiddelde kosten van een bepaald percentage meest efficiënte zorgaanbieders. Aanbieders die bij de productie van dat zorgproduct hogere kosten maken dan het tarief, halen een slechter exploitatiesaldo. Dit prikkelt om ofwel de kosten omlaag te brengen, ofwel het product niet meer aan te bieden en zich te richten op producten die wel zonder verlies kunnen worden geleverd. Na een bepaalde periode werken alle aanbieders van het desbetreffende zorgproduct efficiënter. De gemiddelde kosten van de meest efficiënte zorgaanbieders zijn inmiddels gedaald, waardoor het tarief verder naar beneden kan. Zo worden zorgaanbieders constant geprikkeld om hun efficiëntie te verbeteren. In dit systeem worden efficiënte aanbieders beloond. Zij behalen een groter positief exploitatiesaldo omdat hun kosten lager zijn dan het tarief en/of zij krijgen meer volume omdat inefficiënte aanbieders een bepaald product niet meer aanbieden. In de Verenigde Staten wordt een vorm van maatstafconcurrentie succesvol gebruikt bij de bekostiging in de Medicare (CPB, Yardstick competition, theory, design, and practice, Working paper 133, 2000).

Bij deze methode wordt uiteraard rekening gehouden met structurele, niet beïnvloedbare verschillen tussen de bedrijven. Voor een goede vergelijking en beoordeling van de efficiëntie is ook informatie over de kwaliteit van zorg noodzakelijk. Efficiëntieverbetering mag immers niet ten koste gaan van de kwaliteit.”

66. In de eerste alinea van dit citaat blijkt dat maatstafconcurrentie gewone tariefconcurrentie moet nabootsen op (deel)markten waar nog geen concurrentie mogelijk is:

- Maatstafconcurrentie veronderstelt 'marktfalen'.

Uit de laatst aangehaalde alinea blijkt dat volgens de opzet van de wet bij maatstafconcurrentie:

- "uiteraard rekening wordt gehouden met structurele ... verschillen", dus de producten vergelijkbaar moeten zijn, en
- rekening gehouden moet worden met de verhouding kwaliteit versus doelmatigheid.

Drie van de vele voorwaarden van maatstafconcurrentie, maar inderdaad zeer wezenlijke.

67. Onmiskenbaar is ook de opzet de maatstafconcurrentie als transitie-instrument te hanteren, zoals blijkt uit de beleidsbrieven *Ruimte voor betere zorg productie 32*, *Met zorg ondernemen productie 34* en zoals laatstelijk door de minister bevestigd aan de TK:

"Het systeem van maatstafconcurrentie is bedoeld als transitie-model om zorgvuldig te bewegen naar de eindsituatie met volledig vrije prijsonderhandelingen voor zo'n 70% van de ziekenhuiszorg. Als de prijs- en volumeontwikkeling in het B-segment acceptabel is en als uit de toetsingscriteria van de NZa blijkt dat er geen marktbelemmeringen zijn om tot uitbreiding van het B-segment over te gaan, dan heeft het mijn voorkeur om het B-segment zo snel mogelijk uit te breiden, want ik beschouw vrije onderhandelruimte als belangrijke impuls voor efficiënte gezondheidszorg van goede kwaliteit."

(Kamerstukken II, 2007-2008, 31 200 XVI, Vaststelling van de begrotingsstaten van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (XVI) voor het jaar 2008, Nr. 13, Verslag houdende een lijst van vragen en antwoorden, Vastgesteld 30 oktober 2007 **productie 44**)

Wijzigingen in oorspronkelijke opzet maatstafconcurrentie NZa

68. In de Aanwijzing van 29 oktober 2007 **productie 35** van de minister aan de NZa wordt de maatstafconcurrentie als volgt ingevoerd:

"De Nederlandse Zorgautoriteit voert maatstaven in voor het A1 en B1 segment tezamen. Per instelling kan de hoogte van de maatstaf variëren naar gelang naar de samenstelling van zijn productie en eventueel andere niet-beïnvloedbare omstandigheden. Deze maatstaven zijn een vorm van prijsregulering waarbij ziekenhuizen grotendeels de vrijheid hebben om de tarieven per individuele DBC en/of per verzekeraar te differentiëren, zolang het gemiddelde van de tarieven de per instelling de vastgestelde maatstaf maar niet overschrijdt. De maatstaf als zodanig legt geen restricties op aan het volume van de te leveren zorg. De taakstelling voor 2008 is verwoord in een afzonderlijke aanwijzing en bedraagt structureel € 160 miljoen vanaf 2008. De maatstaven voor de periode 2009-2011 worden zodanig vastgesteld dat, met inachtneming van de bij de invoering van

maatstafsystemen te hanteren uitgangspunten en aannames, en rekening houdend met het structurele effect van de kortingsmaatregel 2008 van structureel € 160 miljoen, onderstaande taakstellende efficiencybesparing wordt gerealiseerd.

Tabel:

totaal taakstelling 2009-2011 (cumulatieve bedragen in mln. €, prijsniveau 2007)

	2009	2010	2011
Taakstelling ziekenhuizen	- 175	-250	-400

De taakstellende efficiencybesparing kon beperkt blijven tot de in de tabel genoemde omvang onder voorwaarde dat nadere afspraken gemaakt kunnen worden over een ICT-impuls van structureel € 100 miljoen van de sector.

Voor de komende kabinetsperiode loopt de ruimte voor extra volumegroei voor medisch specialistische zorg (inclusief de instellingen voor overige curatieve zorg) op van € 448 miljoen in 2008 tot € 2.063 miljoen in 2011. Mochten zich echter overschrijdingen voordoen bij de medisch specialistische zorg dan is tussentijdse aanscherping van de maatstaf (evenals pakketmaatregelen en een aanpassing van de eigen bijdrage) niet uitgesloten." (p.6)

69. Blijkens de Aanwijzing is de maatstaf een combinatie van het landelijk gemiddelde van alle DBC's met een extra taakstelling voor 'doelmatigheid' en de productmix, het gewogen gemiddelde van de zwaarte van (soorten DBC's in) de DBC-productie van het ziekenhuis. De voor de productiemix gecorrigeerde maatstaf geeft aan welk tarief een ziekenhuis gemiddeld maximaal in rekening mag brengen in het A1- en B1-segment. De overschrijding van dit gemiddelde tarief wordt door de NZa afgeroomd en daarnaast kan een boete worden opgelegd door de NZa (Aanwijzing, **productie 35** p. 7).
70. De onderliggende eisen of 'randvoorwaarden' te stellen aan de maatstaf, zoals duidelijk worden uit de aanvullende opmerking in de Aanwijzing, betreft in feite de kern van de functie van de maatstaf:
- "In aanvulling op de productmix kan de NZa aanvullende omstandigheden meewegen in de vaststelling van de maatstaf. Randvoorwaarden hierbij zijn dat a) deze omstandigheden voor instellingen niet-beïnvloedbaar zijn, b) dat uit prestatievergelijkingen objectief kan worden vastgesteld dat deze omstandigheden de doelmatigheid beïnvloeden, en dat deze omstandigheden nauwkeurig en met beperkte administratieve lasten zijn te meten. Ter bepaling van deze aanvullende correctiefactoren op de maatstaf kan de NZa een consultatieronde met het veld voeren. Daarnaast is het mogelijk dat wijzigingen in de DBC productstructuur nopen tot aanpassing van de maatstaf."*
- (productie 35 p.7)**
71. Met deze criteria dient de NZa voor de minister allereerst te toetsen of een systeem van maatstafconcurrentie op een evenwichtige manier kan worden ingevoerd. Meer in het

bijzonder geldt dat in aanvulling op de productmix zorgzwaarte (niet van soorten DBC's, maar binnen de DBC's door comorbiditeit en patiëntzwaarte, dwz. complexere ziektebeelden en oudere en/of chronische patiënten met meerdere aandoeningen) en kwaliteit de maatstaf nader gecorrigeerd kan worden, maar deze elementen kennelijk niet op voorhand noodzakelijk voor maatstafconcurrentie worden geacht:

"Mochten ziekenhuizen op basis van objectieve kenmerken kunnen aantonen dat ze een betere kwaliteit zorg leveren dan andere ziekenhuizen en dat dit gepaard gaat met hogere kosten, dan zal de NZa in overweging nemen om de maatstaf hiervoor aan te passen. (...).

*Indien op basis van onafhankelijke en objectieve data over patiëntenkenmerken kan worden aangetoond dat er zorgzwaarteverschillen bestaan tussen zorgaanbieders en dat een correctie voor zorgzwaarte noodzakelijk is, dan kunnen elementen van zorgzwaarte worden opgenomen in de DBC-productstructuur. Daarnaast is het mogelijk om de maatstaf per instelling aan te passen voor zorgzwaarte." **Productie 35** [mijn onderstreping, dw.]*

72. Het ongerijmde is dat de minister de bewijslast voor een correct overheidsinstrumentarium bij de ziekenhuizen legt. Daarmee staat vast dat de ziekenhuizen slechts de kans wordt geboden op het gebied van kwaliteit en zorgzwaarte het huiswerk van de minister en de NZa te gaan maken, in plaats van dat de minister de NZa opdracht geeft niet eerder een systeem van maatstafconcurrentie in te voeren alvorens het instrument evenwichtig doorontwikkeld is. Daarmee verzaakt de overheid haar onderzoeksplicht en plicht tot zorgvuldige afweging van belangen in evenredigheid.
73. De Aanwijzing heeft als nieuwe elementen ten opzichte van de oorspronkelijke opzet van de NZa:
- De verwachte efficiencyopbrengst boven op de structureel doorwerkende korting van 160 mln (+ € 15 mln, + € 90 mln, + € 240 mln) wordt als korting bij voorbaat op de maatstaf (plafond) in mindering gebracht
 - Het 'vangnet' voor systeemtekorten (maximale verandering 5%) verdwijnt
 - Bij volume overschrijdingen kan de maatstaf verder neerwaarts worden bijgesteld.
74. Daarnaast ontbreken op voorhand de elementen die door de NZa nog als noodzakelijk werden aangemerkt:
- Voldoende transparantie van het zorgaanbod door vergelijkbare prestaties
 - Een adequate individuele correctie op de maatstaf per ziekenhuis voor de zorgzwaarte
 - Een correctie voor de individuele kwaliteit

- Een vergoeding (vermogensvoet op basis van het 'WACC'-model) in de maatstaf voor extra kapitaallasten (macro € 240 mln voor vermogensvergoeding en € 200 mln voor versnelde afschrijvingen op onroerende zaken).

Zie daarvoor NZa, *Op weg naar vrije prijzen*, **productie 42** par. 2.2.2, p. 13 (zorgzwaarte en productmix), par. 4.1.2, p. 30-34 (vermogensvoet), par. 4.2, p. 34-35 (afschrijvingen kapitaallasten), Bijlage 1, p. 71 (kwaliteit in DBC's).

Waarschuwingen NVZ en anderen ten aanzien van maatstafconcurrentie

75. De NVZ heeft zich niet van meet af aan verzet tegen maatstafconcurrentie. Zij heeft zich in tegendeel getracht loyaal op te stellen jegens het beleid van de minister op het lastige dossier van de prestatiebekostiging in de cure in de overtuiging dat uiteindelijk alleen liberalisering tot een blijvend beter presterende ziekenhuiszorg kan leiden. Niettemin heeft zij gaandeweg ingezien dat aan de voorwaarden voor een evenwichtige liberalisering niet wordt voldaan met het voorgenomen besluit ten aanzien van de maatstafconcurrentie. Zij heeft hiervoor gewaarschuwd ondermeer bij brief van 22 mei 2007 (ref. 07000546/cn.mvdz **productie 45**), waarin zij stelt dat nog geen sprake is van voldoende homogene producten in de DBC-systematiek, met name voor de categorale instellingen (longrevalidatie, astma, audiologie, revalidatie).
76. Bij brief van 5 juli 2007 (07000730/al.rk.bj **productie 46**) heeft de NVZ bij de minister breder aan de orde gesteld, dat de dossiers met betrekking tot de volumeverantwoordelijkheid en de maatstafconcurrentie samenhangen, homogeniteit en zorgzwaarte, de effecten van de afschaffing lumpsum (het strategisch gedrag medisch specialisten) en de kapitaallastenproblematiek niet goed worden geregeld. Bij brief van 20 augustus 2007 **productie 47** (kenmerk (CZ/TSZ-2790828) antwoordt de minister – kort gezegd – dat hij er gerust op is dat de maatstafconcurrentie geen problemen zal opleveren. Uiteraard een onbevredigend antwoord, dat de minister later heeft herhaald bij brief 4 december 2007.
77. Bij brief van 13 september 2007 (07000953/lg.gd **productie 48**) is de minister de uitkomsten van een ledenraadpleging van de NVZ medegedeeld. De verwachte financiële lasten van de nieuwe bekostiging worden zo groot, dat de NVZ alleen nog kan instemmen met maatstafconcurrentie onder strikte voorwaarden en met voldoende zekerheid voor de ziekenhuizen. Op 10 oktober 2007 (07001027/lg.gd **productie 49**) is de minister geïnformeerd over de uitkomsten van een nadere ledenraadpleging, waarbij ernstige zorgen zijn geuit over de invoering van de integrale prestatiebekostiging en de maatstafconcurrentie en de risico's die de ziekenhuizen daarbij financieel lopen. De NVZ

kondigde aan zich te beraden op eventuele juridische stappen tegen het aangekondigde beleid.

78. Uit wetenschappelijke hoek wordt inmiddels gewaarschuwd dat de maatstafconcurrentie een onverantwoord groot afbreukrisico in zich bergt en daarom niet moet worden doorgezet:

Zie o.a.:

- Prof. W. Groot (gezondheidseconomie) en prof. H. Maasen van den Brink (algemene economie), *Maatstafconcurrentie slecht voor de zorg*, MC 1734, 19 oktober 2007 (62), nr. 4, p. 1734-1736; **productie 50**
- Prof. E. Schut (iBMG), *Pas op de plaats nodig voor nieuwe stap voorwaarts*, Christen Democratische Verkenningen, herfst 2007, p. 128-137; **productie 51**
- R. Douven, E. Mot en M. Pomp (allen CPB), *Voor- en nadelen van een prijsplafond voor ziekenhuizen*, ESB 19 oktober 2007, p. 631-633. **productie 52**

79. Ten slotte heeft ook het Waarborgfonds voor de Zorgsector ('WfZ') gewaarschuwd voor de onevenredige risico's van de invoering van maatstafconcurrentie bij brief van 3 september 2007 aan de minister (Br.nr. 0723/HB/KR **productie 53**). Het WfZ wijst met name op de 'cumulatieve effecten' van de maatregel. Essentieel acht het WfZ dat de gevolgen met name onbekend zijn, terwijl het absorptievermogen van de ziekenhuizen – door het wettelijke tarievenstelsel – beperkt is. De winst per in het WfZ deelnemend ziekenhuis bedroeg in 2005 gemiddeld 1,3%, hetgeen een indicatie is dat niet veel ruimte bestaat voor het doorvoeren van structurele kostenverlagingen. In 2006 is de winstmarge verder weggezaakt naar gemiddeld ruim onder de 1%. Zie daarvoor de recente rapportage van Gupta Strategists, 2007, *The Odyssey*, p. 11 **productie 54**).

Risico's en onevenwichtigheid aanwijzing maatstafconcurrentie

80. De Aanwijzing is onrechtmatig nu zij een onvoldoende evenwichtig systeem van maatstafconcurrentie introduceert. De Aanwijzing legt als termijn van invoering 2009 vast, terwijl het model aanwijsbare tekortkomingen kent en in ieder geval onvoldoende bekend is hoe voor de ziekenhuizen nadelige effecten worden voorkomen. Zelfs indien het model nog gewijzigd en aangepast zal worden om problemen voor de ziekenhuizen te voorkomen, zal dit in een zo laat stadium bekend zijn, dat ziekenhuizen onvoldoende tijd resteert om zich op de nieuwe tariefstelling voor te bereiden.

Maatstafconcurrentie geen adequaat overgangsinstrument:

Onjuiste diagnose marktfalen

81. In zijn huidige opzet is maatstafconcurrentie geen adequaat overgangsinstrument naar geliberaliseerde tarieven. Het instrument dreigt dermate gecompliceerd te worden dat de risico's voor de ziekenhuizen alleen maar toenemen. Liberalisering heeft een tweeledig effect. Enerzijds komen alle tarieven onder druk van prijsconcurrentie tot stand, maar anderzijds is er ruimte voor individuele tariefonderhandelingen die zeer gedifferentieerd 'tarieven op maat' mogelijk maken. Zorgverzekeraars hebben immers belang bij de continuïteit van zorg. Tegen dit belang worden de voordelen van discontinuïteit vanwege prijsvoordelen bij andere aanbieders afgewogen. Het is derhalve niet principieel nodig een overgangsregime te creëren voor de liberalisering van de tarieven. De historische budgettering is een vertrekpunt voor onderhandelingen. Er is geen reden te veronderstellen, dat bij liberalisering de zorgverzekeraars een algehele tariefverhoging zullen accepteren. Aanpassingen van tarieven zullen in een vrije onderhandelings situatie plaatsvinden om redenen van wederzijds voordeel. Maatstafconcurrentie is een modelmatige oplossing voor een situatie van 'marktfalen', waarbij de zorgverzekeraars geen onderhandelingsmacht kunnen uitoefenen. Dit vermeende marktfalen is allang achterhaald, nu reeds per 1 januari 2006 er geen contracteerverplichting voor zorgverzekeraars jegens ziekenhuizen meer bestaat. Aan de zijde van de *zorginkoopmarkt* staan er in de komende jaren geen majeure wijzigingen in regelgeving op stapel die de positie van zorgverzekeraars als inkoper op die markt veranderen en hun countervailing power versterken, behoudens dan de verruiming van de ruimte voor prijsonderhandelingen. De extra countervailing power en de prijsliberalisering zijn in zoverre twee zijden van één munt. Liberalisering is versterking van de positie van de zorgverzekeraar.
82. De premisse voor het invoeren van maatstafconcurrentie, dat vrije tariefonderhandelingen niet mogelijk zijn wordt gelogenstraft door de effecten van de vrije onderhandelingen in het B-segment, waarbij de NZa heeft geconstateerd dat in reële termen (na aftrek inflatiecorrectie) over het algemeen een tariefdaling plaatsvindt. De minister moet kunnen verantwoorden waarom in het B1-segment wel en in het B-segment geen maatstaf nodig is ter beheersing van de kosten.

Zie NZa, *Monitor B-segment*, Utrecht juni 2007 **productie 55**

Maatstaf als kortingsinstrument

83. De minister heeft een belang begrotingstechnisch een doelmatigheidswinst van de liberalisering van de tarieven op voorhand te kunnen becijferen. In de Aanwijzing worden daarom doel en middel omgekeerd: de vermeende uitkomst van een systeem van maatstafconcurrentie wordt als resultaat tevoren ingebouwd in de verlaging van de maatstaf (prijsplafond). In de Aanwijzing zegt de minister dat “de taakstelling leidend is voor de vaststelling van de maatstaf tarieven ...”(p. 5). De maatstaf is niet anders dan een gedifferentieerde korting, oplopend van € 175 mln tot € 400 mln in de drie jaren van de maatstaf. Het enige dat zal werken is deze verlaging, de rest is een de vrije tariefontwikkeling zeer verstorende ingewikkelde verpakking van deze maatregel die meer nadelen dan voordelen kent. De minister geeft de intentie van de maatstaf in een brief aan de NVZ d.d. 4 december 2007 (kenmerk CZ/TSZ/2815966 **productie 56**) onomwonden toe:

“De belangrijkste functie van de maatstaf is bovendien dat het leidt tot een eerlijker manier van verdelen van die taakstelling [van € 400 mln, dw.]. De “kaasschaaf”, zoals we die tot nu toe kenden, treft alle ziekenhuizen gelijkmatig, ook de ziekenhuizen die doelmatig produceren” (p. 2).

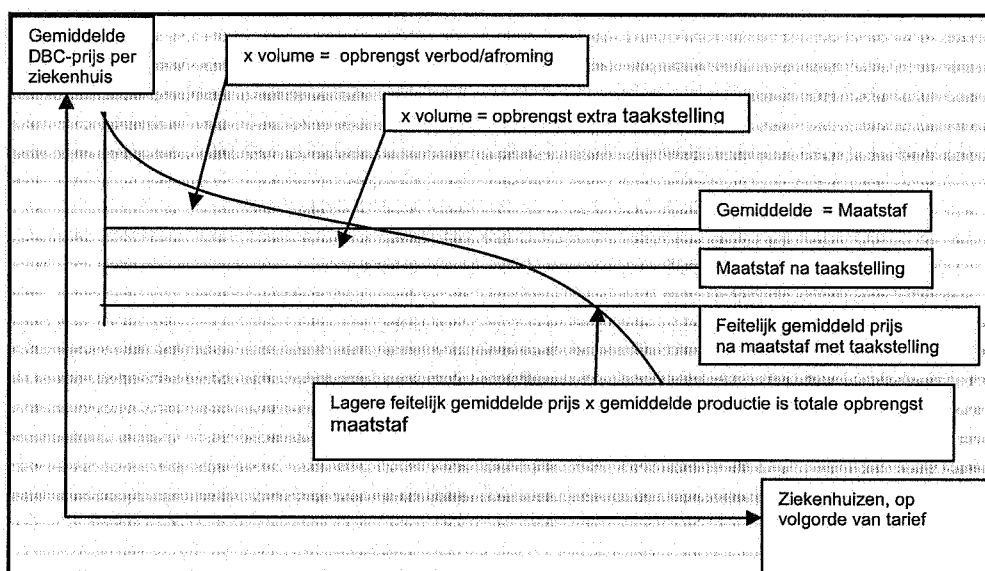
84. De laatste premisse ten aanzien van de kaasschaaf is in zoverre onjuist, dat in overleg met de NVZ in het Prestatieconvenant reeds afspraken waren gemaakt bij een – ditmaal door de NVZ aanvaarde taakstelling – door middel van een ‘differentiatie-indicator’ (de feitelijke ligduur gedeeld door verwachte verpleegduur) de korting zodanig over de ziekenhuizen te verdelen dat de doelmatige ziekenhuizen minder daarin zouden bijdragen dan de ondoelmatige. Zie daarvoor het Prestatiecontract van 6 juli 2004, **productie 17** artikel 4.
85. Het is onrechtmatig beleid een voorschot te nemen op een mogelijk, zelfs waarschijnlijk, niet werkend systeem. De huid van de maatstafbeer wordt verkocht voor hij is geschoten. Nawijsbaar is de maatstafconcurrentie omarmd als oplossing voor de introductie van vrije prijzen zonder dat eerst nog kritisch een baten/lasten afweging wordt gemaakt of de maatregel nog passend is. Het dossier getuigt van ‘tunnelvisie’, waarbij de uitkomst al jaren tevoren vaststond en alle tegenwerpingen slechts als te adresseren detailproblemen worden getrivialiseerd. De uiteindelijke rechtvaardiging van maatstafconcurrentie is daarmee buiten beeld geraakt. Noch is met redelijke mate van waarschijnlijkheid aangetoond dat de ziekenhuizen € 400 mln kunnen besparen door efficiency, noch dat de maatstafconcurrentie dit bedrag als resultaat zal opleveren. Een juister beleid zou zijn – als de minister met reden veel vertrouwen in de maatstafconcurrentie zou hebben – de

doelmatigheidswinst van de invoering van de maatstafconcurrentie te *verwachten* en te begroten en niet zijn gelijk van tevoren te bewijzen door een zeer ingewikkeld uitvallende korting.

Dubbele korting in maatstaf

86. Bovendien is de maatregel onevenredig omdat de ex ante korting van doelmatigheid zich niet verdraagt met de maatstaf. Het prijsplafond wordt verlaagd met de doelmatigheidskorting, om de opbrengst zeker te stellen. De algemene maatstaf is echter een berekend landelijk gemiddelde. Deze genereert altijd opbrengst doordat boven de maatstaf het tarief wordt afgeroomd. Als boven het gemiddelde de tarieven worden afgeroomd, ligt derhalve het feitelijk gemiddelde lager dan het gemiddelde berekend vóór de maatstaf. De verzekeraars zullen immers tegenwicht bieden tegen het ophogen van alle lagere tarieven naar het landelijk (normatief gecorrigeerde) gemiddelde. De opbrengst van het systeem is derhalve *en* de opbrengst van de maatstaf zelf *en de* opbrengst via de doelmatigheidskorting. Door de ex ante korting incasseert de minister twee keer een opbrengst, die hij maar één keer rechtvaardigt. Alleen daarom is de maatstaf reeds disproportioneel. Zie daarvoor de navolgende figuur.

Toelichting: de prijscurve van de gemiddelde DBC-prijs per ziekenhuis ontstaat door alle ziekenhuizen op een rij te zetten, geordend van de gemiddeld duurste DBC tot de gemiddeld meest voordelige. Deze curve is het spiegelbeeld van de curve van de prestatiescores van de ziekenhuizen (naar prijs) zoals opgesteld door de NZa. Zie hierna onder 99 en het Consultatiedocument NZa 7 november 2007, p. 30).



Berekening opbrengst maatstaf te onzeker

87. Door de Aanwijzing wordt een taakstelling opgelegd, die volgens de NZa reeds uit het systeem van de maatstafconcurrentie zelf moet volgen. Hierover de Uitvoeringstoets *Op weg naar vrije prijzen*:

“De inschatting van de NZa is dat na de transitieperiode structureel minstens 400 miljoen euro per jaar aan doelmatigheidswinst is te behalen. De eerste jaren na invoering van de maatstaf is dat minder vanwege het voorgestelde vangnet, de stapsgewijze invoering van de maatstaf maar bovenal doordat de maatstaf de eerste jaren wordt bepaald door budgetgegevens uit de periode van vóór de maatstaf. Doelmatigheidswinsten komen daardoor nog niet terug in de maatstaf. Het incasseren van deze doelmatigheidswinsten is direct na aanvang wel mogelijk door het te hanteren budget voor de berekening van de maatstaf te korten met een bepaald bedrag. ... Dit betekent dat effecten weliswaar kunnen worden ingeschat maar dat een dynamische markt nooit vooraf zekerheid biedt over de absolute omvang van de effecten.”

Ter toelichting: het 'vangnet' waarover de NZa hier spreekt, is in de nieuwe opzet van de maatstafconcurrentie vervallen.

88. Aan de schatting van de opbrengst van de NZa van € 400 mln ligt geen toetsbare berekening ten grondslag. De schatting is zuiver economisch-theoretisch van aard. Berekend wordt de besparing die zou optreden als ziekenhuizen geen boven de normatieve maatstaf uitstijgende tarieven in rekening brengen. Met een becijfering van reële bezuinigingsopties in de zorg heeft dat uiteraard niet van doen. De redenering heeft daardoor hoog speculatief gehalte ('de maatstaf is principieel haalbaar'). 'Ondoelmatigheid is een keuze' (Schleifers premisse), de korting een 'incentive' voor gedragsverandering. De uitwisselbaarheid van zorg, patiënten, medisch specialisten, management, vastgoed en overige vaste kosten en daarmee de veranderbaarheid binnen de maatstafperiode worden te eenvoudig voorgesteld. De dalende tendens van de exploitatieresultaten van de ziekenhuizen is een reële indicatie dat doelmatigheidsverbeteringen niet zo eenvoudig zijn.
89. De door de NZa becijferde opbrengst van € 400 mln is onvoldoende robuust om daarop beleid te kunnen funderen. In het NZa-rapport *Kapitaallasten in prijsplafond; onderzoek naar de gevolgen overgang op DBC-bekostiging* (februari 2007) becijferde de NZa het enkele voordeel van een maatstaf geënt op de gemiddelde efficiëntie op € 650 mln:

“Wanneer de gemiddelde instelling als norm wordt genomen, presteren de benedengemiddelde instellingen zo'n 6% minder dan deze norm van de average practice. Dit betekent een jaarlijks doelmatigheidspotentieel van ruim € 650 miljoen euro op macroniveau. Dit wordt gerealiseerd als de instellingen die slechter dan de norm presteren, op het normniveau komen en de bovengemiddeld presteren instellingen hun niveau behouden.”(p. 16).

De NZa berekent de opbrengst van de maatstaf – zonder extra taakstelling (!) – derhalve hier reeds op € 250 mln meer dan de latere schatting van € 400 mln. De effecten van de verlaging van de maatstaf (hogere efficiëncynorm) zijn volgens deze berekeningen ook aanzienlijk. De becijferingen fluctueren kennelijk nogal naar uitkomst.

NVZ heeft onderzoek laten verrichten door Prismant naar de te realiseren opbrengst van de maatstaf op basis van tariefvergelijking (*Doelmatigheid en Bekostiging Kapitaallasten Ziekenhuizen*, Utrecht, september 2007 **productie 57**). Prismant heeft daartoe de “ondoelmatigheid” gekapitaliseerd en komt in haar onderzoek uit op een gekapitaliseerde ondoelmatigheid van € 200 mln exclusief kapitaallasten (indien de historische verschillen voor de huisvesting worden nagecalculeerd) en € 248 mln inclusief de kapitaallasten, dus minder dan de € 400 mln van de NZa (verschil van € 152 tot € 200 mln; zie Prismant september 2007, **productie 57** p. 18). Het verschil heeft de NZa (nog) niet aannemelijk kunnen maken. Op Kamervragen antwoordde de minister:

“De leden van de VVD-fractie merken op dat de taakstelling via de maatstaf is gebaseerd op berekeningen van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) over de verschillen in doelmatigheid tussen ziekenhuizen. Uit een onderzoek van Prismant blijkt dat de doelmatigheidsverschillen tussen ziekenhuizen veel minder groot zijn. Heeft dit gevolgen voor de taakstelling via de maatstaf?

Zoals ik in mijn antwoord op vraag 1 heb toegelicht, is de overgang van budgetfinanciering naar prestatiebekostiging een ingrijpend traject waarbij in berekeningen gebruik moet worden gemaakt van een veelheid aan gegevens en waarbij voor het berekenen van macro-economische effecten veronderstellingen moeten worden gedaan. Hierdoor kunnen verschillen ontstaan met de te behalen efficiencybesparing zoals de NZa die in haar uitvoeringstoets «Op weg naar vrije prijzen», maatstafconcurrentie voor medisch specialistische zorg» van april 2007 heeft berekend. Bij eerste lezing lijkt het verschil te verklaren te zijn uit het gebruik van verschillende gegevens en de omvang van het totaalbedrag waarover het doelmatigheidspotentieel berekend wordt. Ik heb de NZa verzocht de verschillen tussen de berekeningen van de NZa en die van Prismant in beeld te brengen. De rapportages en analyses van de NZa worden jaarlijks betrokken bij de reguliere voorbereidingen van de VWS-begroting. Ik zie dan ook geen aanleiding om op grond van het Prismantrapport op voorhand de taakstelling via de maatstaf te wijzigen.”[mijn onderstreping, dw.](Kamerstukken II, 2007-2008, 29 248, nr. 46, p.7 **productie 58**). [mijn onderstreping, dw.]

Conclusie tot zover is dat de becijferde opbrengst van de maatstaf een onzekerheidsmarge naar beneden toe heeft van een derde tot de helft van het

geprognosticeerde bedrag (het verschil NZa-Prismant van € 152 - € 200 mln), dat uitgangspunt vormt van de Aanwijzing.

90. Bovendien blijkt niet op welke wijze de door de NZa begrote € 400 mln is berekend en of alleen rekening gehouden is met de begroting van de af te romen meerprijzen (maal hun volume) na de extra taakstelling of dat wordt gerekend met de feitelijk gemiddelde DBC-prijs (maal het volume; zie figuur 1) en met welke verwachte effecten dan rekening wordt gehouden.

Extra volumekortingen in maatstaf

91. Extra kortingen voor overschrijding van het volume zijn blijkens de Aanwijzing niet uitgesloten in de vorm van "tussentijdse aanpassingen"(zie hiervoor onder 68). De NZa in haar tweede uitvoeringstoets stelde dat kortingsmaatregelen zich niet verdragen met het systeem van maatstafconcurrentie, omdat voor het kunnen instellen op de maatstafconcurrentie reguleringszekerheid een belangrijke voorwaarde is. Het opleggen van taakstellingen naast de zuivere maatstaf is niet nodig, aldus de NZa (*Hoofdpijnen Deregulering ziekenhuisbekostiging*, 2007, **productie 41** p. 6). De ziekenhuizen concurreren anders niet alleen met de elkaar in de vorm van de maatstaf, maar ook met het fictieve normatieve ziekenhuis dat aan alle taakstellingen voldoet (verlaagde maatstaf). Daarmee hinkt de minister op twee gedachten. In het model van maatstafconcurrentie behoort de werkelijkheid van bewezen efficiency de norm te zijn, niet ook nog eens een politieke taakstelling.
92. Zolang de minister het BKZ als norm voor de uitgaven hanteert, zullen – zoals aangekondigd in de Aanwijzing – 'tussentijdse aanpassingen' uit kostenbeheersingoverwegingen worden opgelegd (zie hiervoor onder de hoofdstukken A t/m C over de rechtmatigheid van dit beleid). Een directe aanleiding daarvoor zou kunnen zijn de verlaging van het uurtarief van medisch specialisten van € 147 naar € 132 (prijspeil 2006) met ingang van 1 januari 2008 dat de minister met de Orde van Medisch Specialisten is overeengekomen (zie de aanwijzing van de minister aan de NZa d.d. jl. 7 augustus 2007, kenmerk MC-U-2786398; macro-effect € 175 mln **productie 59**). Compenserend gedrag van de medisch specialisten door het opdrijven van het volume zou kunnen leiden tot een nieuwe overschrijding van het BKZ en een volumekorting die niet in het tarief van de specialisten, maar in de maatstaf van het ziekenhuis neerslaat.

Prijsplafond belemmert vrije prijsonderhandelingen in plaats van deze te stimuleren

93. Daarbij komt dat de maatstafconcurrentie niet aan haar eigen doel beantwoordt en vrije tariefonderhandelingen niet faciliteert, maar onevenredig belast. Vrije productieafspraken met DBC's tegen vaste tarieven zijn in 2007/2008 reeds mogelijk in het A-segment, zij het dat het historisch budget een prijsslafond vormt (prijs maal volume), waarboven het ziekenhuis niet kan declareren. Onder de maatstafconcurrentie komen daar vrije prijsonderhandelingen in het B1-segment bij. Deze onderhandelingen worden door de maatstaf in zoverre belemmerd, dat prijsafspraken boven de maatstaf niet mogelijk zijn, want in strijd met de wet. Prijsafspraken onder de grens van de maatstaf hebben een oneigenlijk referentiepunt erbij gekregen, waardoor behalve de incentive van normale marktwerking er hooguit een 'trek naar de maatstaf' ontstaat. Partijen krijgen met de maatstaf geen nuttige informatie over de landelijk gemiddelde prijs voor een *bepaalde* DBC, maar alleen of er nog macroruimte is voor prijsverhoging. Dit is een averechts werkend incentive. Zowel boven als onder de maatstaf worden de vrije prijsonderhandelingen – zonder noodzaak – belast en de transitie naar vrije prijsvorming niet gefaciliteerd, maar eerst grondig verstoord.
94. De maatstaf is dan ook in theorie helemaal niet ontworpen om een overgang naar vrije tarieven mogelijk te maken, maar in geval van monopolie concurrentie op kosten na te bootsen. Nu niet gekozen is voor een objectief kostenmodel voor de maatstaf (als bij energie en telecom, zie Haffner & Meulmeester 2006 en Agrell, Bogetoft & Halbersma 2007 **productie 38**), maar een op prijzen gebaseerde maatstaf is deze als *transitie-instrument* ongeschikt.

Transparantie en vergelijkbaarheid van prestaties onder DBC's nog niet gerealiseerd

95. Een belangrijke randvoorwaarde voor maatstafconcurrentie vormt de homogeniteit en vergelijkbaarheid van de producten. Integrale kostprijzen op basis van eenduidige prestatieomschrijvingen – de inzet van het DBC-tarievenstelsel – is een verbetering ten opzichte van budgetfinanciering. Het DBC-stelsel is echter per 2009 niet voldoende uitgewerkt. Er ontbreken nog duizenden, met name duurdere DBC's, die ervoor moeten zorgen dat meer gespecialiseerde vormen van zorg niet als bulk worden afgerekend. Een dergelijke fine-tuning is noodzakelijk wil de zorg niet oneigenlijk door een onvolkomen grofmazig tariefsysteem worden gestuurd. Daartegenover staat het streven van de minister om vijftigduizend reeds bestaande DBC's samen te voegen tot ca 3.000 DBC's om de administratieve lasten te beperken. Het evenwicht is hier met andere woorden nog lang niet gevonden en het valt niet te verwachten dat het ambitieuze project van de integrale tarieven op basis van uitsluitend DBC's (buiten het A0 segment) op 1 januari

2009 gereed is, of op zijn minst zover gevorderd dat het systeem stabiel en niet verstorend functioneert.

DBC-systeem niet stabiel

96. De NZa heeft in herhaaldelijk er op gewezen dat een stabiel DBC-systeem een voorwaarde is voor implementatie van maatstafconcurrentie:

*“De stabiliteit van het DBC-systeem is de waarborg dat patiënten met vergelijkbare klachten en een vergelijkbare diagnose ook daadwerkelijk dezelfde DBC krijgen, onafhankelijk van de aanbieder. Stabiliteit is van grote waarde voor de onderhandelingen over DBC’s bij maatstafconcurrentie.” (Op weg naar vrije prijzen, **productie 42** p. 55),*

en

*“Een stabiel en controleerbaar DBC-systeem is een harde voorwaarde om tot prijsliberalisering over te kunnen gaan. Het DBC-systeem in zijn huidige vorm kent daarvoor nog te veel tekortkomingen... In het gezamenlijk advies van de onderhoudspartijen is aangegeven dat de structurele vernieuwing van het DBC-systeem een doorlooptijd zal kennen tot 1 januari 2009” (Deregulering bekostiging ziekenhuiszorg, januari 2007, **productie 41** p. 7).*

Slechts 40 % van DBC-systeem (voornamelijk in het B-segment) is volgens DBC-Onderhoud stabiel. Het tijdpad naar 2009 is te kort om de resterende problemen op te lossen. Doordat verrichtingen in een DBC-structuur vertaald moeten worden, valt niet uit te sluiten dat er bovendien een volume-effect optreedt alleen al doordat de tariefstructuur wijzigt. Volume in het BKZ wordt immers gemeten in productie in termen van aantal prestaties maal prijzen. Stijgt door de omzetting naar de DBC's de prijs, dan via deze band ook het volume. De omvang van dit probleem is niet bekend.

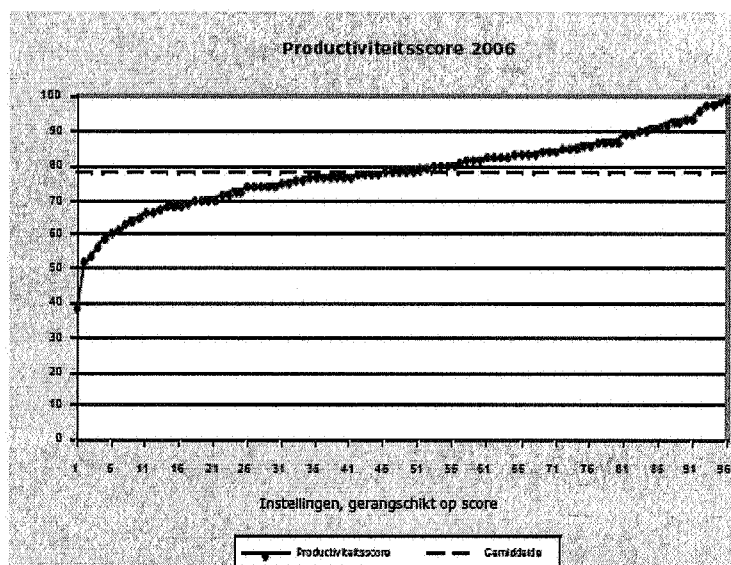
Sturen op de maatstaf is onmogelijk

97. Door de DBC-systematiek worden integrale diensten gedeclareerd. DBC's worden 'geopend' bij eerste consult, doch pas afgesloten en gedeclareerd na afloop van de integrale behandeling. Hierdoor treedt er een verschuivingseffect op in de tijd naar voren in vergelijking met het declareren op basis van verrichtingen (oude systematiek). Tijdens de prijsonderhandelingen zal niet bekend zijn welke DBC's worden gedeclareerd en in welke omvang (er kan alleen worden afgesproken welke productie tegen welke prijs wordt toegestaan). Zorg is geen 'commodity' met vaste leveringsafspraken. Pas na afloop van

het jaar is de productie bekend. Maatstafconcurrentie veronderstelt sturing op de norm ex ante in de onderhandelingen en gedurende het jaar. Het is echter feitelijk alsof men pas in de achteruitkijkspiegel kan zien of het verkeerslicht op rood stond.

Prijzplafond is willekeurig

98. De maatstaf is een landelijk gemiddelde DBC-prijs die individueel wordt gecorrigeerd voor de lokale productmix in DBC's. De maatstaf houdt onvoldoende rekening met de verschillen in zorgzwaarte per DBC, zowel medisch-inhoudelijk beschouwd als naar sociaal-culturele aspecten die extra tijd en aandacht kunnen vergen, en met verschillen in kwaliteit.
99. De berekening van het landelijk gemiddelde en de lokale productmix is bovendien problematisch. Het ontbreekt de NZa kennelijk aan gegevens om tijdig een correctie op feiten gebaseerde geïndividualiseerde maatstaf per ziekenhuis te kunnen berekenen en kenbaar te maken. In oktober 2007 hebben de ziekenhuizen een voorlopige opgave van de NZa ontvangen van de maatstaf in de vorm van een prestatiescore (vergelijking met het "meest efficiënte ziekenhuis", waarvan de score = 100%). Onderstaande figuur geeft het overzicht:



100. De foutmarge kan naar schatting van de ziekenhuizen op basis van hun eigen voorlopige prestatiescore in gevallen zelfs 20 tot 40 % bedragen. De prestatiescore is met een dergelijke mogelijke ruime foutmarge – maar ook al met een mindere – onvoldoende betrouwbaar (vrijwel betekenisloos) en geen adequaat instrument om als ziekenhuis beleid op te kunnen voeren, terwijl overschrijding van de maatstafnorm grote financiële gevolgen heeft (afroming meerdere opbrengst). Ziekenhuizen kunnen bovendien niet

tijdig beleid maken op een prestatiescore/maatstaf die vlak voor of zelfs in de maatstafperiode (2009-2011) wordt vastgesteld.

Zorgzwaarte per DBC

101. Om vergelijkbare producten per DBC te creëren en om in de maatstaf per ziekenhuis rekening te kunnen houden met verschillen in geleverde zorg is het noodzakelijk om zorgzwaarte op te nemen in de maatstaf (zie ook hiervoor onder 70-74). Voor deze factor is echter nog geen oplossing voorhanden, blijkt uit de consultatieronde van de NZa waarin het probleem wordt geschetst (NZA, *Consultatiedocument Prestatiebepaling medisch specialistische zorg 2009-2011*, **productie 60** p. 36-37 en *Invoering maatstafconcurrentie. Keuzes en vragen*, 23 januari 2007, **productie 61** p. 7-8). In de lopende consultatieronden van de NZa, waarbij de ziekenhuizen gevraagd worden op mogelijke opties te reageren, worden voor dit aspect geen afdoende oplossingen voorgesteld.
102. De zorgzwaarte treft voor een belangrijk deel de grotere ziekenhuizen die topklinische zorg leveren. Naast voor organisatorische kosten zijn de middelen thans bestemd voor de grootte-toeslag in de FB-systematiek bestemd voor dergelijke topklinische functies. Met deze benadering kan de financiële omvang van een dergelijk variatie in zorgzwaarte worden gesteld op tenminste de helft van 6,8% van de budgetten van de ziekenhuizen met een grootte-toeslag (dus op 3,4%). Ook voor kleinere ziekenhuizen kan het zorgzwaarte-effect optreden, waarvoor dezelfde schatting kan gelden. Dit laat uiteraard onverlet dat individuele ziekenhuizen nog met een veel groter percentage afwijkende zorgzwaarte kunnen worden geconfronteerd, zoals bijvoorbeeld voor zware oncologie met percentages tot 20-25%. Voor een individueel ziekenhuis kan het ontbreken van een dergelijke zorgzwaartetoeslag in de individuele maatstaf bij de huidige krappe winstmarge van gemiddeld minder dan 1% een regelrecht faillissementsscenario betekenen.

Kwaliteitsverschillen

103. Dat kwaliteitsverschillen kunnen worden verwerkt in de lokale maatstaf is een belangrijke voorwaarde voor een evenwichtig systeem van maatstafconcurrentie (zie hierboven onder 65-66 en 74). Uit de Aanwijzing en de Consultatiedocumenten van de NZa (NZA, *Consultatiedocument Prestatiebepaling medisch specialistische zorg 2009-2011*, **productie 60** p. 37-39 en *Invoering maatstafconcurrentie. Keuzes en vragen*, 23 januari 2007, **productie 61** p. 9-10). blijkt reeds dat het nog jaren zal duren voor de kwaliteitsverschillen kunnen worden verdisconteerd. Vooralsnog heeft de NZa hiervoor geen instrument, behalve de suggestie in de tweede consultatieronde kwaliteit *buiten* de maatstaf te laten en bij wijze van toeslag door de zorgverzekeraars te laten vergoeden.

De post lokale productie gebonden toeslag uit de huidige FB-systematiek geeft hiervoor een minimumreferentie, nu uit deze post kwaliteitsverbetering en innovatie wordt vergoed. Deze toeslag is gemiddeld ca 2%. Als dit bedrag individueel ontbreekt, is dat ruimschoots meer dan de buffer van de gemiddelde exploitatieoverschotten.

104. Deze suggestie legt hier – evenals voor zorgzwaarte – bovendien de vinger op de zere plek. Van *echte* marktwerking verwacht de NZa de oplossing van de problemen die de maatstaf creëert. Het behoort natuurlijk omgekeerd te zijn wil maatstafconcurrentie überhaupt een gerechtvaardigd middel zijn om de transitie naar marktwerking mogelijk te maken. De maatstafconcurrentie is alleen maar zinvol en bedoeld als middel om marktfalen op te lossen door marktwerking na te bootsen. De markt faalt volgens de NZa hier kennelijk niet, waar de maatstaf dat uit de aard der zaak voorspelbaar wel zal doen.

Historische kapitaalslasten en kostenbasis

105. De maatstaf beoogt historische verschillen in kosten uit te vlakken met een traject naar een gelijk doelmatigheidsniveau. Met name de kapitaalslasten vormen voor ziekenhuizen een probleem, omdat het hier om lange termijn investeringen gaat die niet op korte termijn (van enkele jaren) kunnen worden omgebogen. De rendementen van nieuwe investeringen zullen pas op langere termijn optreden wanneer afschrijvingen vanwege een algeheel stijgend kostenniveau weer relatief goedkoper dan het marktgemiddelde worden. Ziekenhuizen die recent hebben gebouwd hebben dat gedaan op basis van een vergunning van het College bouw zorginstelling en zijn daarmee binnen door de minister goedgekeurde bouwnormen gebleven. De NZa heeft zich gerealiseerd dat hier een overgangsprobleem ligt.

Zie de NZa in *Op weg naar vrije prijzen*, **productie 42** p. 53-54.

De minister is voornemens een Commissie van wijzen in te stellen die hem adviseert over tegemoetkomingen in individuele casus. Onduidelijk is in welke mate deze steun afdoende zal zijn en welk resterend nadeel de ziekenhuizen voor eigen rekeningen worden geacht te nemen. Hierdoor is de invoering van de maatstafconcurrentie voor een aantal ziekenhuizen met aanzienlijke extra risico's belast.

Noodzaak versneld af te schrijven op kapitaalinvesteringen

106. Onder het FB-systeem bedroegen de afschrijvingstermijnen 50 jaar (met halverwege een renovatie). Onder de marktwerking en de maatstafconcurrentie als voorportaal daarvan kan niet meer met deze fictieve termijnen ("kunstmatig laag", aldus de NZa) worden gerekend. Nieuw-/verbouw kan niet met een vergunning die aanspraak geeft op

nacalculatie van de nieuwe investeringskosten worden vervroegd. Meer reële, marktconforme afschrijvingstermijnen, ofwel een gemiddelde verkorting met 10 jaar, kosten de ziekenhuizen naar berekening van de NZa ca. € 200 mln. Dit bedrag wordt niet in de maatstaf (noch in het BKZ) verdisconteerd.

Zie NZa, *Op weg naar vrije prijzen*, **productie 42** p. 29 en 52-53.

Extra lasten financiering (risico-opslag: NZa WACC model)

107. De extra lasten voor gebruik van kapitaal in een omgeving met concurrentie is door de NZa begroot op een in de maatstaf te verwerken vermogensvoet van 5 % per jaar. Deze lasten hangen o.a. samen met de extra kosten voor het aantrekken van vreemd vermogen (hogere rente), aantrekken van risicodragend vermogen en de kosten verbonden aan het opbouwen van een weerstandsvermogen (vergoeding gebruik eigen kapitaal). De NZa heeft hiervoor een model van Weighted Average Cost of Capital ('WACC') voorgesteld, waarbij voor het vreemde vermogen de norm van de rente op Staatsobligaties (risicovrije rente) met een (risico)renteopslag van 0,8% tot 1% wordt bepaald en voor het eigen vermogen een marktconform rendement volgens het Capital Asset Pricing Model, dat uitgaat van de risicovrije rente met een marktspecifieke risicopremie, tezamen 6,6% tot 9,8%. In een genormeerde verhouding van 30% eigen vermogen en 70% vreemd vermogen heeft de vermogensvoet een bandbreedte van 5% tot 6,5 %, die volgens de NZa voor de minimumwaarde aan de onderzijde van de bandbreedte in de maatstaf moet worden opgenomen.

Zie NZa, *Op weg naar vrije prijzen*, **productie 42** p. 26-29.

Macro betekent dat volgens de NZa een extra kostenpost voor de ziekenhuizen van € 280 mln. Daarbij is overigens dan geen rekening gehouden met een mogelijk stijgende rente.

Zie NZa, *Op weg naar vrije prijzen*, **productie 42** p. 52-53.

De minister heeft deze vergoeding echter uit de maatstaf geëlimineerd:

"De in de uitvoeringstoets geadviseerde WACC-benadering wordt niet gevolgd."
(Aanwijzing, **productie 35** p. 8).

Invoeringstraject maatstafconcurrentie onzorgvuldig

108. Eisers stellen vast dat het besluit tot invoering feitelijk met de Aanwijzing is genomen alvorens onderzoek van NZa naar de implementatie is afgerond. De tweede consultatierondes van de NZa signaleren vele problemen en bieden geen uitzicht voor oplossingen voor alle hier geconstateerde problemen. Het systeem zal niet zo tijdig zijn uitgebalanceerd dat met de invoering een aanvaardbaar risico wordt genomen. Behoorlijk bestuur impliceert dat niet eenzijdig nadelige risico's worden genomen door met een onbekend tariefstelsel te experimenteren. Voor de energiesector werd een overgangsregeling van 6 jaren in acht genomen. De energiedistributie is vergeleken met de zorg een toonbeeld van eenvoud en overzichtelijkheid. Dat de maatstaf in slechts drie jaar wordt doorgevoerd is in dat licht onbegrijpelijk.
109. In de eerdere Uitvoeringstoets hanteerde de NZa een 'kritisch pad' voor de invoering van de maatstaf per 1 januari 2008. In dat geval zouden de instellingen per 1 juli 2007 over hun maatstaf moeten beschikken (*Op weg naar vrije prijzen*, **productie 42** p. 9-10 en p. 58). Voor de invoering in 2009 is de kritische grens dan uiteraard 1 juli 2008, Het ziet er niet naar uit dat deze termijn gehaald wordt. Integendeel, de NZa heeft de bekendmaking van de prestatiescore (nog niet eens de volledige maatstaf) voor de individuele ziekenhuizen in het vooruitzicht gesteld voor oktober 2008. Reeds drie maanden te laat.

Maatstafconcurrentie onevenredige administratieve last

110. Met een voorzichtige schatting betekent invoering van de maatstafconcurrentie een administratieve last per ziekenhuis van een aantal fte's administratief personeel en extra investeringen in werkplekken en administratieve software. Niet alleen voor de informatievoorziening aan de NZa en de voorbereiding, maar vooral ook de continue monitoring van de productie en gedeclareerde productie om ervoor te zorgen dat het ziekenhuis de maatstaf niet overschrijdt (economisch delict). De geschatte aantallen lopen uiteen van 1,5 tot 3,5 fte. De post kan landelijk geschat worden op 150 tot 350 fte en ca. € 15 tot 35 mln. De NZa heeft met een begroting van € 6 mln deze post onderschat.
111. Bovendien worden de transactiekosten van de contractering van verzekeraars met vrije prijzen onder de maatstaf afgedaan als kosten van normale bedrijfsvoering die niet voortvloeien uit verplichtingen die de overheid oplegt (*Op weg naar vrije prijzen*, **productie 42**, p. 54). In het tarief is echter niet voorzien in deze extra kosten (reële extra lasten bij wijziging tariefstelsel). Het stelsel is er op ingericht dat alle

prijsonderhandelingen rond de jaarwisseling plaatsvinden en derhalve een aanzienlijke personele capaciteit daarvoor beschikbaar is. Deze transactiekosten zijn ondoelmatigheids-verliezen dienen te worden begroot en verdisconteerd in de begrote doelmatigheidswinst, niet minder dan de verkorting van de afschrijvingstermijn. Deze transactiekosten kunnen op het eerste gezicht worden geschat op nog weer een veelvoud van de administratieve last van de controle op de maatstaf.

112. Nu gaat het niet alleen om te becijferen kosten, de implementatie van de maatstaf moet ook feitelijk uitvoerbaar zijn. Bij consultatie van ziekenhuizen blijkt de sturing op de maatstaf in administratieve zin als onuitvoerbaar te worden beschouwd. Voor een overgangsregeling wordt een managementbeheerssysteem verlangd en verondersteld dat feitelijk niet aanwezig is. Of met geld alleen dit probleem oplosbaar is, zo al het risico daarvan voor de ziekenhuizen zou mogen worden gelaten (quod non), moet ernstig betwijfeld worden.

Rentelasten maatstafconcurrentie

113. Ten slotte is een probleem van de overgang van de FB-budgetsystematiek naar de integrale prestatiebekostiging en de maatstafconcurrentie, dat daarin niet voorzien in het liquiditeitsprobleem dat ontstaat doordat de bevoorschotting van het FB-budget vervalt. Integrale kostenprijzen worden voldaan na declaratie van de desbetreffende DBC's. De DBC's worden gedeclareerd na afsluiting van de behandeling, waarmee geruime tijd kan zijn gemoed. De desbetreffende rentelasten kunnen worden geschat op € 100 mln. De extra financieringslasten van de ziekenhuizen zijn niet meegenomen in de berekening van de maatstaf.

Maatstafconcurrentie behelst een onevenredig groot risico

114. Uit vorenstaande volgt derhalve dat de navolgende risico's kunnen worden begroot:

Compenserende korting 2008-2011 (doelmatigheidsrisico)	€ 160 mln	(VWS)
Voorschot op opbrengst maatstaf (oplopend tot)	€ 240 mln	(VWS)
Extra kapitaallasten (geschrapte WACC-vergoeding)	€ 280 mln	(NZa)
Stijgende rente		P.M.
Versnelde afschrijvingen*	€ 200 mln	(NZa)
Administratieve lasten	€ 35 mln	(NZa € 6 mln)
Extra transactiekosten		P.M.
Rentenadeel vervallen bevoorschotting FB-budget	€ 100 mln	
(* = eenmalig effect)	-----	

Totaal

€ 1.015 mln + P.M.

Op een totale productie van ca € 13 mrd is dat ca 8% (+ P.M.). De ziekenhuizen lopen individueel nog een aanvullend risico voor zorgzwaarte en kwaliteit van resp. 3,4 % en 2%. De ziekenhuizen kunnen derhalve een risico lopen van 13 % (+ P.M.) van hun budget aanvaarbare kosten. Uiteraard een onverantwoord percentage. Buiten beschouwing zijn daarbij nog gelaten de niet eenvoudig te becijferen nadelen van de onjuiste berekende maatstaf en het niet tijdig kunnen beschikken over de juiste informatie en de declaratieproblemen door een instabiel DBC-systeem:

Algemeen risico	7,8 % + P.M.
Onjuist vaststelling maatstaf	P.M.
Zorgzwaarte	3,4 %
Kwaliteit	2 %
Individuele kapitaallastenproblematiek	P.M.

Totaal risico per ziekenhuis	13,2 % + P.M.

De maatstafconcurrentie wordt stapsgewijs ingevoerd met een jaarlijks opklimmend percentage van doorwerking van de maatstaf van 25%, naar 50% en uiteindelijk 75% in 2011. Daarna kan afhankelijk van nader beleid de maatstaf blijven staan op 100% in 2012 of worden vervangen door volledige marktwerking op de A- en B-segmenten. Het risico wordt navenant ook stapsgewijs ingevoerd, maar is van een dusdanige omvang dat dit het onverantwoord karakter niet wegneemt. Het niet tijdig kunnen beschikken over de nodige gegevens, waaronder de vergoedingen voor het A0-segment, de opschoning van het FB-budget voor A0 en B-segment is al direct aan de orde. Eveneens is niet meer van belang dat op onderdelen de risico's zich wellicht niet in de aangegeven omvang voordoen. De risico's zijn door de NZa en CPB aangegeven of begroot, welke instanties geacht worden de informatie te leveren voor het beleid van de minister. Gelet op de orde van grootte is de exacte omvang van de risico's gelet op de gemiddelde winstmarge van minder dan 1% bij de ziekenhuizen niet meer relevant.

Alternatieve maatstafconcurrentie onvoldoende onderzocht (onvolledige belangafweging)

115. De minister heeft nagelaten de alternatieven voor maatstafconcurrentie, zoals die door de NVZ en vanuit wetenschappelijke hoek zijn gesuggereerd (tijdig) te onderzoeken. Het ligt voor de hand dat minder belastende oplossingen de doelstellingen van innovatie en liberalisering met efficiencywinst beter dienen. Zie in dat licht niet alleen de voorstellen

van de NVZ tot vervanging van de maatstafconcurrentie door een uitbreiding van het B-segment, doch tevens van prof. E. Schut, in de publicatie aangehaald hiervoor onder 78 **productie 51**.

Onrechtmatigheid maatstafconcurrentie

116. Om genoemde redenen is maatstafconcurrentie voor de ziekenhuiszorg geen evenredig middel voor het wettelijk doel van evenwichtige tarieven en liberalisering van de tarieven waar mogelijk. Aldus is de maatstafconcurrentie in strijd met doel en strekking Wet marktordening gezondheidszorg. De Aanwijzing getuigt van onbehoorlijk bestuur, aangezien geen sprake is van zorgvuldige voorbereiding als bedoeld in art. 3:2 Awb. De nadelige effecten voor de ziekenhuizen zijn onevenredig in verhouding tot de gestelde doelen, terwijl het realiseren van het doel van een adequate transitie naar geliberaliseerde tarieven waarschijnlijk niet voldoende aannemelijk is. In strijd met artikel 3:4 Awb dragen de ziekenhuizen onevenredige nadelen van het stelsel. De maatstafconcurrentie is op de onderhavige wijzen een ongerechtvaardigde inbreuk op de vrije beschikking over het eigendom, waaronder op de tegenprestatie van de eigen dienstverlening, een belemmering voor het vrije verkeer van diensten en recht van vrije vestiging en aldus in strijd met internationale verdragen: artikel 1, eerste protocol EVRM en het EG-Verdrag (zie hiervoor onder 54 en 55).

Bevoegdheid rechtbank en ontvankelijkheid

117. De Rechtbank Den Haag is bevoegd van onderhavige vordering(en) kennis te nemen op grond van het feit dat gedaagde zijn zetel heeft in het arrondissement van de Rechtbank Den Haag.

118. Door de aanwijzing voor 2008 en volgende jaren met betrekking tot de volumekorting zullen de ziekenhuizen gemiddeld genomen een korting van anderhalf tot twee miljoen euro per jaar te verduren krijgen en dat is gemiddeld het dubbele van hun winstmarge over 2006. Het financieel nadeel door de maatstafconcurrentie dreigt nog vele malen groter te worden. Dit nadeel is ongelijk over ziekenhuizen verdeeld. Voor een aantal individuele ziekenhuizen zal dit een faillissement kunnen betekenen of op zijn minst een uitholling van de solvabiliteit. Eisers hebben derhalve een belang bij de onderhavige vorderingen in de zin van artikel 3:303 BW en 254 Rv. Als representatieve organisatie is de NVZ krachtens haar statuten bevoegd en gerechtigd namens haar leden op te treden.

119. Gelet op het belang van de ziekenhuizen en de urgentie van hun vordering, kan in deze een administratiefrechtelijke procedure, te voeren tegen de tariefbeschikkingen resp. maatstafbeschikkingen van de NZa eind 2008 - die pas tot een beslissing kunnen leiden in administratief beroep bij het College van beroep voor het bedrijfsleven in de loop van, zo niet na 2009 – in redelijkheid niet worden afgewacht. Dan is door de ziekenhuizen al (te) veel schade geleden.

Verweer minister van VWS

120. Het verweer van de minister van VWS is in het voorgaande reeds verwerkt. De minister is kennelijk van oordeel, dat de ziekenhuizen verantwoordelijk zijn voor de kostenbeheersing in de zorg (quod non) en in ieder geval medeverantwoordelijkheid voor de kostenbeheersing dienen te dragen in de vorm van een tariefkorting, wat er ook zij van de oorzaken van de stijging van de uitgaven in de ziekenhuiszorg. De minister verwacht van maatstafconcurrentie ten onrechte een relatief probleemloze overgang naar marktwerking met tussentijds hoog doelmatigheidsrendement. Zonder onderbouwing met gedegen onderzoek stelt de minister dat de risico's en problemen zich waarschijnlijk niet zullen voordoen.

MITSDIEN:

de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar te verklaren bij voorraad:

- (I) - Voor recht zal verklaren dat de aanwijzing van de Minister van VWS aan de NZa d.d. 1 november 2007 (kenmerk MC-U-2807691) strekkende tot verdiscontering van de korting van € 160 mln in de tarieven voor medisch specialistische zorg onrechtmatig is en daaraan door de NZa geen rechtmatig rechtsgevolg kan worden gegeven, subsidiair deze aanwijzing buiten werking te stellen;
- (II) - de Minister van VWS zal verbieden met toepassing van artikel 7 Wet marktordening gezondheidszorg een (nadere) aanwijzing aan de NZa te geven c.q. te effectueren, inhoudende de opdracht aan de NZa een (structurele) korting toe te passen in de tarieven van de ziekenhuizen vanaf 2008 strekkende tot compensatie van de overschrijding van de kosten van ziekenhuiszorg (medisch specialistische zorg) in het BKZ vanaf 2005-2007,
 - en voor zover een daartoe strekkende aanwijzing reeds mocht zijn gegeven ten tijde van het in deze te wijzen vonnis deze aanwijzing buiten werking zal stellen en voor recht zal verklaren, dat deze aanwijzing onrechtmatig is gegeven;

- (III) - de Minister van VWS zal gebieden de gestegen vraag naar ziekenhuiszorg corresponderend met de overschrijding van het BKZ vanaf het jaar 2008 te verdisconteren in de ramingen van het BKZ, subsidiair de Minister zal gebieden alvorens zijn voornemens tot tariefmaatregelen ter compensatie van de overschrijding ingevolge artikel 8 WMG mede te delen aan de beide Kamers der Staten Generaal onderzoek te verrichten naar de mogelijkheden en effecten van alternatieve maatregelen ter beperking van zorguitgaven door aanpassing van het verzekerde pakket, verhoging van de zorgpremie of eigen bijdragen, en om in een eventuele voorhangprocedure ter zake van de uitkomsten van dit onderzoek en de naar aanleiding daarvan gemaakte afwegingen aan beide Kamers mededeling te doen;
- (IV) - voor recht zal verklaren dat de aanwijzing van de Minister van VWS aan de NZa d.d. 29 oktober 2007 (kenmerk MC-U-2808582) ertoe strekkende dat de NZa voorbereidingen zal treffen voor de invoering van maatstafconcurrentie per 2009 overeenkomstig het in de bijlage van die aanwijzing uiteengezette beleid onrechtmatig is en daaraan door de NZa geen rechtmatig rechtsgevolg kan worden gegeven, althans deze aanwijzing buiten werking zal stellen.
- de Minister van VWS zal verbieden met toepassing van artikel 7 Wet marktordening gezondheidszorg een aanwijzing aan de NZa te geven c.q. te effectueren, inhoudende de opdracht voor de NZa met ingang van 1 januari 2009 maatstafconcurrentie in te voeren voor het A1- en B1-segment
 - en voor zover een daartoe strekkende aanwijzing reeds mocht zijn gegeven ten tijde van het in deze te wijzen vonnis deze aanwijzing buiten werking zal stellen en voor recht te verklaren, dat deze aanwijzing onrechtmatig is gegeven;

En steeds

- (V) met veroordeling van gedaagde in de kosten van dit geding.

De kosten dezes zijn voor mij, deurwaarder, € 85,44

Eiser kan op grond van de Wet op de Omzetbelasting 1968 de hem/haar in rekening gebrachte omzetbelasting niet verrekenen, derhalve verklaart ondergetekende opgemelde kosten te hebben verhoogd met een percentage gelijk aan het percentage genoemd in bovengenoemde wet.

Deurwaarder