

Vergaderjaar 2006–2007

**30 186**

## **Regels inzake marktordening, doelmatigheid en beheerste kostenontwikkeling op het gebied van de gezondheidszorg (Wet marktordening gezondheidszorg)**

**Nr. 60**

### **VERSLAG VAN EEN SCHRIFTELIJK OVERLEG**

Vastgesteld 12 december 2006

In de vaste commissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport<sup>1</sup> bleek bij enkele fracties behoefte te bestaan een aantal vragen ter beantwoording voor te leggen aan de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport over zijn brief (30 186, nr. 58) van 2 oktober 2006 inzake functiescheiding binnen de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa).

De op 1 november 2006 toegezonden vragen zijn bij brief van 11 december 2006 door de minister beantwoord. Vragen en antwoorden zijn hieronder afgedrukt.

De fungerend voorzitter van de commissie,  
Blok

De griffier van de commissie,  
Teunissen

<sup>1</sup> Samenstelling:

Leden: Van der Vlies (SGP), Atsma (CDA), Verburg (CDA), Vendrik (GL), Kant (SP), Blok (VVD), Fng voorzitter, Weekers (VVD), Ferrier (CDA), Joldersma (CDA), Van Miltenburg (VVD), Schippers (VVD), Omtzigt (CDA), Koşer Kaya (D66), Schermers (CDA), Agema (PVV), Vacature (CU), Vacature PvdA, Vacature PvdA, Vacature PvdA, Vacature PvdA, Vacature (SP), Vacature (SP), Vacature (SP) en Vacature (PvdD).

Plv. leden: van der Staaïj (SGP), Çörüz (CDA), Ormel (CDA), Azough (GL), Gerkens (SP), Zijlstra (VVD), Van der Burg (VVD), Van Hijum (CDA), Haverkamp (CDA), Neppérus (VVD), Teeven (VVD), De Pater-van der Meer (CDA), Vacature (algemeen), Van de Camp (CDA), Graus (PVV) en Rouvoet (CU).

## Vragen CDA-fractie met antwoord van de minister

1

*Waarom is de uitspraak van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CBB) niet van toepassing op de NZa?*

De CBB-uitspraak van 9 februari 2006 betreft de zogenaamde functiescheiding in de Wet toezicht effectenverkeer (Wte). Deze functiescheiding is opgenomen in artikel 48l Wte waarin is bepaald: «De werkzaamheden in verband met het opleggen van een dwangsom of van een boete worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het vaststellen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek.»

Dit artikel uit de WTe richt zich volgens het CBB ook tot bestuursleden van de AFM.

De relevante artikelen voor de NZa doen dat niet. In de artikelen 98 van de WMG en 109 van de Zorgverzekeringswet (Zvw) is bepaald dat geen *mandaat* wordt verleend tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opge maakt. Die artikelen zijn in overeenstemming met het wetsvoorstel «Vierde tranche Awb». Artikel 5.4.2.6 van dit wetsvoorstel geeft regels voor de procedure bij bestuurlijke boetes van meer dan € 340 (bestuurlijke boetes die door de NZa kunnen worden opgelegd, vallen boven deze grens).

Hoewel in de Wet marktordening gezondheidszorg (WMG) niet een met art. 48l Wte vergelijkbare bepaling is opgenomen en de uitspraak in beginsel niet van toepassing kan zijn op de NZa, is de functiescheiding tussen het vaststellen van de overtreding en de boeteoplegging binnen de organisatie van de NZa op vergelijkbare wijze gewaarborgd, door die activiteiten in afzonderlijke directies, onafhankelijk van elkaar, te laten plaatsvinden.

2

*Welke scheidingen van functies en verantwoordelijkheden bestaan nu binnen de NZa?*

Binnen de NZa is de volgende organisatorische functiescheiding aangebracht is tussen de medewerker die het besluit om een bestuurlijke boete op te leggen voorbereidt en degene die van de overtreding een rapport of procesverbaal heeft opgemaakt. De eerste functie (boeteoplegging) is belegd bij de unit Bezwaar, beroep en boetes (unit BBB), onderdeel van het bureau Raad van Bestuur. De tweede functie is belegd bij de medewerkers van de Directie zorgmarkten Care respectievelijk de Directie zorgmarkten Cure.

Daarnaast is in de Mandatenregeling van de NZa «Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NZa» (Stcrt. 2006, nr. 205) bepaald dat de handhavingsbesluiten, zoals besluiten betreffende het opleggen van een boete of een last onder dwangsom, niet gemandateerd zijn. Dergelijke besluiten worden door de Raad van bestuur zelf genomen. Geregeld is voorts dat het Hoofd van het Bureau Raad van Bestuur bevoegd is om te horen in het kader van de primaire besluitvorming bij de boeteoplegging. Deze functionaris is niet betrokken bij de vaststelling van overtredingen. Bij besluit van 5 oktober 2006 (Stcrt. 2006, 194) zijn alle NZa-medewerkers aangewezen als toezichthouder (teneinde overtredingen te kunnen vaststellen), met uitzondering van de medewerkers werkzaam bij de unit BBB en het Hoofd van het Bureau Raad van Bestuur.

Aldus voldoet de Mandatenregeling aan het in de Wmg en de Zvw opgenomen voorschrift dat geen mandaat wordt verleend tot het opleggen van een bestuurlijke boete aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt.

3

*De NZa heeft forse bevoegdheden tot het doen van onderzoek en het opleggen van boetes. De CBB-uitspraak is weliswaar niet direct van toepassing op de NZa, maar welke obstakels zijn er om de voorgescreven functiescheiding van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa) ook door te voeren bij de NZa? Welke organisatorische gevolgen zou dat hebben?*

Binnen de NMa-organisatie is terzake sprake van functiescheiding tussen de directie Concurrentietoezicht, waar de onderzoeken worden gedaan naar kartels en misbruik machtsposities en de Juridische Dienst waar de sanctiebeschikkingen worden afgedaan. Er is sprake van Chinese muren tussen deze onderdelen. In de praktijk komt dit er onder meer op neer dat medewerkers van de directie Concurrentietoezicht wel zijn aangewezen als toezichthouder en de medewerkers van de Juridische Dienst niet. De directie Concurrentietoezicht schrijft het rapport naar aanleiding van de bevindingen bij de uitoefening van hun toezichtstaak. Het rapport wordt ondertekend door de directeur Concurrentietoezicht. De directeur Concurrentietoezicht draagt daarna de zaak over aan de Juridische Dienst. Daar wordt beoordeeld of en zo ja welke sanctie wordt opgelegd.

Wat betreft de NZa is aangesloten bij de functiescheiding zoals die is ingevoerd bij de NMa (zie hiervoor onder vraag 2).

4

*In een aantal gevallen (concentraties, fusies) moeten de NMa en de NZa samenwerken en advies aan elkaar vragen. Welke gevolgen heeft het aanwezig zijn van een functiescheiding bij de NMa, die dan niet bij de NZa aanwezig is? Is het denkbaar dat in voorkomende gevallen het CBB zal oordelen dat het ontbreken van een strikte functiescheiding bij de NZa zal leiden tot vernietiging van een boete/maatregel?*

Er is geen sprake van samenloop van bevoegdheden bij concentratie- en kartelzaken. Die bevoegdheid daarover te oordelen ligt exclusief bij de NMa. De NZa kan wel een zienswijze geven aan de NMa. Anders dan de vraag veronderstelt hebben NZa en NMa een vergelijkbare functiescheiding aangebracht, zoals in de antwoorden op de vorige vragen is uiteengezet.

Bovendien kan worden opgemerkt dat de methoden van de NMa en de NZa op het gebied van de bepaling van economische machtspositie (bij de NZa het toepassen van het Aanmerkelijke marktmacht-instrument en bij de NMa misbruik emp) kunnen samenlopen. Hiervoor zijn tussen NZa en NMa samenwerkingsafspraken gemaakt in het Samenwerkingsprotocol. De samenloop van bevoegdheden doet zich niet voor bij de handhavingsbevoegdheden die beide toezichthouders zelfstandig en onafhankelijk uitoefenen.

Boeteoplegging door de NZa is bovendien pas aan de orde indien aan een AMM-partij verplichtingen op grond van artikel 48 WMG zijn opgelegd maar die niet worden nageleefd. Dan zal de directie Zorgmarkten Cure of Zorgmarkten Care van de NZa in het kader van een boeteonderzoek een rapport opmaken, vervolgens zal de Unit BBB op grond van de resultaten van het onderzoek een boetebesluit voorbereiden en zal de Raad van Bestuur van de NZa beslissen over het opleggen van een boete. Met deze

functiescheiding is er geen gevaar voor vernietiging van de boete-maatregel door het CBB.

5

*Kan een vergelijking worden gegeven tussen de oude situatie, waarin het toezicht en de uitvoering bij respectievelijk het CTZ en het CVZ was ondergebracht, en de nieuwe situatie?*

Vóór de invoering van de Zvw had het CVZ tot taak beleidsregels voor de ziekenfondsen vast te stellen over de rechtmatige en doelmatige uitvoering van de Ziekenfondswet. Het toezicht op de uitvoering lag in handen van het CTZ.

Op grond van de Zvw moeten de zorgverzekeraars voldoen aan de eisen van de Zvw, zoals de zorgplicht, de acceptatieplicht, het verbod op premiedifferentiatie en de eis dat de modelovereenkomst in overeenstemming is met de daaraan gestelde eisen. De NZa waarin het CTZ met ingang van 1 oktober 2006 is opgegaan, heeft tot taak in het kader van het toezicht na te gaan of de zorgverzekeraars hieraan voldoen. In het model van de Zvw is het niet passend op gedetailleerd niveau in beleidsregels vast te leggen hoe de uitvoering door de zorgverzekeraars moet plaatsvinden. Daarom is deze algemene bevoegdheid van het CVZ tot het stellen van beleidsregels komen te vervallen. Wel heeft het CVZ als pakketbeheerder nog tot taak de eenduidige interpretatie van de verzekerde prestaties te bevorderen.

### **Vragen PvdA-fractie met antwoord van de minister**

6

*Hoe kan worden gecontroleerd dat de functionaris die een overtreding constateert, niet betrokken zal zijn bij de voorbereiding van boetebesluiten? Kan concreet aangegeven worden door wie en op welke wijze op een adequate rechtbescherming zal worden toegezien?*

Bij besluit van 5 oktober 2006 (Stcrt. 2006, 194) zijn alle NZa-medewerkers aangewezen als toezichthouder (teneinde overtredingen te kunnen vaststellen), met uitzondering van de medewerkers werkzaam bij de unit BBB en het Hoofd van het Bureau Raad van Bestuur. Uitsluitend de medewerkers van de Unit BBB en het Hoofd van het Bureau Raad van Bestuur zullen belast zijn met de voorbereiding van boetebesluiten. Hieruit volgt dat NZa-medewerkers die een overtreding constateren niet betrokken zijn bij de voorbereiding van boetebesluiten.

Hoofdstuk 6, paragraaf 6.4.2. van de Wmg beschrijft de procedure van de boeteoplegging en biedt waarborgen voor een zorgvuldige procedure voor de overtreder. Hieruit volgt onder meer dat de overtreder in de gelegenheid wordt gesteld zijn zienswijze over het voornemen tot het opleggen van een bestuurlijke boete naar voren te brengen. Deze zienswijze weegt mee bij de afweging of tot de oplegging van een boete zal worden besloten. Naar aanleiding van de naar voren gebrachte zienswijze, die mogelijk een ander licht werpt op het vastgestelde feitencomplex in het boeterapport of een boeteverlagende omstandigheid omvat, kan pas een definitief boetebesluit genomen worden door de NZa. Belanghebbenden kunnen tegen een boetebesluit een bezwaarschrift indienen bij de NZa. Vervolgens kunnen belanghebbenden in beroep bij de Rechtbank Rotterdam en daarna in hoger beroep bij het CBB (artikel 106 Wmg).

7

*Is de aparte afdeling waar de voorbereiding van boetebesluiten zal plaatsvinden ingesteld sinds 1 oktober jl.? Zo neen, wanneer zal dit wel het geval zijn?*

De afzonderlijke afdeling is tegelijkertijd met de inwerkingtreding van de WMG en de start van de NZa ingesteld op 1 oktober 2006.

8

*Welke concrete organisatorische maatregelen worden er getroffen, naast het instellen van een aparte afdeling, om waarborgen van onbevooroordeeldheid en objectiviteit in de organisatiestructuur van de NZa te kunnen garanderen?*

Voor het antwoord op deze vraag verwijs ik naar het antwoord op vraag 2 van de CDA-fractie.

9

*Wat zijn de overeenkomsten en mogelijke verschillen in voorbereiding van boetebesluiten en adequate rechtsbescherming bij de NZa ten opzichte van de Autoriteit Financiële Markten (AFM), De Nederlandse Bank (DNB) en NMa?*

Voor de NZa is artikel 98 WMG relevant: «Mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete wordt niet verleend aan degenen die van de overtreding rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt.»

Voor de functiescheiding bij de NMa is geen afzonderlijk artikel in de Mededingingswet opgenomen. De besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NMa kent geen toezichthoudende bevoegdheden toe aan de medewerkers bij de Juridische Dienst die binnen het kader van de uitvoering van de Mededingingswet met name zijn belast met de behandeling van aangelegenheden inzake de oplegging van sancties en de behandeling van bezwaren en beroepen.

Voor de AFM en de DNB geldt straks artikel 1:88 van de Wet op het financieel toezicht:

«De werkzaamheden in verband met het opleggen van een bestuurlijke boete worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij het vastleggen van de overtreding en het daaraan voorafgaande onderzoek.»

De verjaringstermijn voor de overtreding waarvoor een boete kan worden opgelegd in de zin van de WMG en de Mw is vijf jaren. De verjaringstermijn voor de overtreding waarvoor een boete kan worden opgelegd in de zin van de Wft is drie jaren.

De bepaling in de WMG trekt de functiescheiding niet door tot in het bestuur. De bepaling in de Wft doet dat wel. De Mw

10

*Welke maatregelen heeft de NZa genomen naar aanleiding van de uitspraak van het CBB over de (verkeerde) wijze waarop de AFM onderzoek en uitspraak deed over Fortis Bank?*

Zorgvuldigheidshalve is gecheckt of de organisatiestructuur en de Mandatenregeling NZa aanpassing behoefde als gevolg van de uitspraak. Dit is echter niet het geval. Verder zullen de bestuursleden van de NZa er attent op zijn dat hun eventuele bemoeienis met het proces van het vaststellen van overtredingen in het licht van hun eindverantwoordelijkheid voor de gang van zaken binnen de NZa zich beperkt tot het geven van een opdracht tot het doen van onderzoek, het geven van algemene aanwijzingen en het verifiëren van de naleving van deze aanwijzingen alsmede van de voortgang van het onderzoek. Zij zullen waken voor directe of indirecte bemoeienis over de oordeelsvorming in individuele kwesties in de onderzoeksfase.

11

*Welke sancties rusten op het niet naleven van rechtswaarborgen zoals artikel 98 Wet marktordening gezondheidszorg, als de procedure rond het opleggen van een bestuurlijke boete niet wordt nageleefd?*

Net als de uitspraak die het CBB deed in de AFM zaak zal het CBB het besluit van de NZa herroepen en de NZa naar verwachting veroordelen de proceskosten te betalen.

12

*Welke overige rechtswaarborgen biedt de vierde tranche Awb om een goede functiescheiding te kunnen borgen?*

De Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (wetsvoorstel 29 702) voegt aan artikel 10:3 Awb (hoofdstuk mandaat) een nieuw lid toe dat bepaald dat geen mandaat tot het opleggen van een bestuurlijke boete wordt verleend aan degene die van de overtreding een rapport of proces-verbaal heeft opgemaakt als de bestuurlijke boete hoger kan zijn dan € 340,-. Bij het schrijven van artikel 98 WMG is van die tekst van de vierde tranche uitgegaan, met dien verstande dat de WMG de functiescheiding niet beperkt tot boetes van meer dan € 340,-. Andere rechtswaarborgen zijn niet in de vierde tranche opgenomen.

13

*Kan worden geduid wat precies de aansprakelijkheid van de NZa is, mede gezien recent onderzoek (ondermeer door de Algemene Rekenkamer) over de aansprakelijkheid van financiële toezichthouders? Zal dit meegenomen worden in de nota hierover, toegezegd door de minister van Financiën bij de recente Algemene Financiële Beschouwingen?*

De aansprakelijkheid van financiële toezichthouders wordt niet in bijzondere wetten als het wetsvoorstel voor de Wet marktordening gezondheidszorg of de Wet toezicht effectenverkeer 1995 geregeld. Het algemeen aansprakelijkheidsrecht zoals neergelegd in het Burgerlijk Wetboek geldt voor alle deelnemers aan het (rechts)verkeer, dus ook voor een toezichthouder als de NZa. Net als alle andere deelnemers aan het rechtsverkeer kunnen financiële toezichthouders en andere toezichthouders zoals de NZa op grond van een onrechtmatige daad (artikel 6:162 BW) aansprakelijk worden gesteld. In hoeverre toezichthouders aansprakelijk kunnen worden gesteld hangt met name af van de vraag of een toezichthouder in een concreet geval als redelijk handelend toezichthouder zijn toezichtstaak heeft uitgeoefend. Naast een onrechtmatige gedraging, zijn schade, causaliteit en relativiteit vereisten voor toekenning van schadevergoeding.

De PvdA-fractie verwijst in haar vraag naar recent onderzoek over de aansprakelijkheid van toezichthouders. De PvdA-fractie doelt hierbij vermoedelijk op het onderzoek dat Justitie (extern) heeft laten verrichten naar de aansprakelijkheid van toezichthouders. Het resultaat van dit onderzoek, het rapport Van Dam, is begin april 2006 gepubliceerd (Aansprakelijkheid van toezichthouders, prof. dr. Cees C van Dam, British Institute of International Comparative Law, 2006. Uitgegeven door het WODC, Ministerie van Justitie). Het rapport Van Dam behandelt alle vormen van toezichthouders (van lokale toezichthouders op veiligheid (bv. gemeenten) via de landelijke veiligheidstoezichthouders (bv. de Voedsel en Warenautoriteit) tot de financiële toezichthouders. Het kabinet bereidt momenteel (o.l.v. Justitie) een reactie voor op het rapport.

Van Dam concludeert in het rapport dat er op dit moment geen reden is tot bezorgdheid: het aansprakelijkheidsrisico van de toezichthouders is niet groot. De rechter toetst het gedrag van de toezichthouder terughou-

dend: heeft de toezichthouder redelijk gehandeld? De rechter gaat niet op de stoel van de toezichthouder zitten door achteraf, met de kennis van later, te bepalen wat de toezichthouder precies had moeten doen. Zoals toegezegd door de minister van Financiën zal in de kabinetsreactie zonodig apart worden ingegaan op de positie van de AFM en DNB. Daarnaast zal zonodig apart worden ingegaan op de positie van de DTe, de NMa, de Opta en de NZa.

#### **Vragen VVD-fractie met antwoord van de minister**

14

*De minister stelt in zijn brief voor om de functionaris die de overtreding constateert niet te laten beslissen of de overtreding met een boete wordt bestraft. Hoe ziet de onderlinge machtsverhouding tussen de betrokken functionarissen in de organisatie van de NZa eruit? Oftewel, hoe is het gesteld met de «balance of power»?*

Bij de NZa zijn bij boeteoplegging drie functies onderscheiden en gescheiden. De ambtenaar die de overtreding constateert is werkzaam bij de directie zorgmarkten care dan wel de directie zorgmarkten cure. De ambtenaar die de boeteoplegging voorbereidt is werkzaam bij de unit BBB, onderdeel van het bureau Raad van Bestuur. De Raad van Bestuur legt de boete op. Er bestaat geen rechtstreeks hiërarchisch verband tussen ambtenaren werkzaam in de unit BBB en ambtenaren werkzaam in de directies zorgmarkten care respectievelijk cure.

15

*Op welke wijze worden de functies van onderzoeken van de feiten, het vaststellen van de feiten, het opleggen van sancties en het maken van regels concreet van elkaar gescheiden binnen de NZa? Is dat voldoende?*

Voor het antwoord op deze vraag wordt verwezen naar de antwoorden op de vragen 1 en 2. Met de organisatiestructuur en de Mandatenregeling zijn juridisch voldoende waarborgen ingebouwd.

16

*Wat is het voordeel van het samenvoegen van al deze functies in één organisatie?*

Het antwoord op deze vraag wordt gegeven in het antwoord op de volgende vraag.

17

*Waarom is ervoor gekozen om in de zorg de genoemde functies in één organisatie onder te brengen terwijl bij het ministerie van Justitie deze functies (opsporing bij politie, vervolging bij het OM, oordeelvorming bij de rechter) strikt zijn gescheiden?*

Er is gekozen voor onderbrenging van de verschillende functies binnen de NZa om op deze wijze het bestuursorgaan zelf verantwoordelijkheid te laten dragen voor de handhaving van de WMG. Deze verantwoordelijkheidstoedeling, bestuursorganen zelf verantwoordelijk te stellen voor de handhaving van de wet- en regelgeving die zij uitvoeren, is kabinetsbeleid dat al door meerdere kabinetten als uitgangspunt wordt genomen, zie hiervoor ook de behandeling van het Wetsvoorstel tot invoering van de dwangsom en de bestuurlijke boete in de financiële wetgeving (IDBB) in 1999. Het is niet noodzakelijk om ten behoeve van de WMG de bestuurlijke handhaving de functies te verdelen over verschillende organisaties, zoals is gedaan op het justitiële strafrechtelijke terrein. Wel dient om te voorkomen dat de NZa rechter wordt in eigen zaak een



noodzakelijke scheiding te worden aangebracht in de interne organisatie van de NZa. Binnen de NZa wordt dan ook gewaarborgd dat een functionaris die een overtreding constateert niet tevens beoordeelt of een bestuurlijke boete moet worden opgelegd. Uiteindelijk beslist de Raad van Bestuur. Ik ben dan ook van mening dat er adequate organisatorische waarborgen zijn binnen de NZa om een goede functiescheiding te borgen tussen het constateren van bevindingen, het beoordelen en waarderen van bevindingen en het opleggen van sancties. Uiteindelijk is het aan de rechter om in een individuele zaak te beoordelen of aan de vereiste van functiescheiding is voldaan.

18

*Wie controleert of de functies van de NZa daadwerkelijk zijn gescheiden?*

De controle op de functiescheiding is in de eerste plaats een interne aangelegenheid van de NZa. Daarnaast zal de functiescheiding naar ik verwacht desgevraagd ook in rechte moeten kunnen worden aangetoond. Net als de AFM dat moest doen bij de uitspraak van het CBB.