PELS RIJCKEN

Landsadvocaat

Advies

voor	Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport en Ministerie van Financiën
van	[redacted] (kantoor landsadvocaat)
datum	4 november 2021
inzake	Advies verplichte loondienst medisch specialisten
zaaknr	11016570

1 Inleiding

1.1 Bij brief van 19 juli 2021 heeft u ons verzocht advies uit te brengen over een maatregel die strekt tot verplichte loondienst voor vrijgevestigde medisch specialisten, aan de hand van enkele door u geformuleerde vragen. Deze vragen hebben betrekking op het recht tot bescherming van eigendom (artikel 1 Eerste Protocol EVRM) en de Wet normering topinkomens.

1.2 In uw brief maakt u melding van de rapporten 'Naar een toekomstig zorgstelsel' en 'Zorgkeuzes in Kaart' evenals het (op verzoek van de vaste Kamercommissie voor Volksgezondheid, Welzijn en Sport opgestelde) rapport van advocatenkantoor AKD, alsmede het in reactie daarop (op verzoek van de Federatie Medisch Specialisten) opgestelde rapport van advocatenkantoren Van Benthem & Keulen en Houthoff. In deze rapporten worden juridische analyses gegeven van de (on)mogelijkheden voor een maatregel die strekt tot verplichte loondienst voor vrijgevestigde medisch specialisten.

1.3 Dit advies betreft zoals verzocht een reactie op de door u gestelde vragen. Wij hebben dus geen zelfstandige, volledige juridische analyse gemaakt ten aanzien van de maatregel of van de rapporten van AKD en Houthoff en Van Benthem & Keulen. Ons advies betreft dus geen zelfstandig rapport, zoals dat geldt voor de rapporten van AKD en Houthoff en Van Benthem & Keulen.

1.4 Dit advies is als volgt opgebouwd. In paragraaf 2 wordt kort toegelicht wat de maatregel inhoudt en wat de praktische gevolgen daarvan zouden zijn. Vervolgens wordt in paragraaf 3 ingegaan op het juridisch kader van het eigendomsrecht van artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM. In paragraaf 4 worden uw vragen die betrekking

hebben op het eigendomsrecht van een antwoord voorzien. Vervolgens worden in paragraaf 5 de voor dit advies relevante achtergronden geschetst van de Wet normering topinkomens (WNT). In paragraaf 6 wordt ingegaan op het gelijkheidsbeginsel. Paragraaf 7 betreft de beantwoording van uw vragen met betrekking tot (kort gezegd) de WNT. In paragraaf 8 behandelen wij de slotvragen die u ons hebt voorgelegd.

2 De maatregel en de praktische gevolgen daarvan

De situatie op dit moment

2.1 Voordat wij ingaan op de maatregel en de (juridische) consequenties daarvan, schetsen wij eerst kort de constellatie waarbinnen medisch specialisten in Nederland op dit moment werkzaam zijn. Nederland telt op dit moment ruim 22.000 medisch specialisten. Ongeveer twee derde van hen is werkzaam in loondienst en ongeveer een derde is werkzaam als vrijgevestigd medisch specialist. Deze verhouding wordt beïnvloed door de Universitaire Medische Centra (UMC), waarbij alle medisch specialisten in loondienst zijn. In algemene ziekenhuizen werkt ongeveer 65% van de medisch specialisten als vrijgevestigd specialist en 35% werkt in loondienst.[1] Sinds 1 januari 2015 hebben vrijgevestigd medisch specialisten geen zelfstandig declaratierecht meer jegens de patiënt of diens zorgverzekeraar of aanvullende ziektekostenverzekeraar voor zorg die zij niet als solist hebben verricht. Voor het aandeel van de zorg dat in de zorginstelling wordt geleverd door de vrijgevestigd medisch specialist, kan de medisch specialist een tarief bij de zorginstelling declareren. In dit kader wordt gesproken van een *gezamenlijke zorgprestatie* van meerdere zorgaanbieders (de zorginstelling en de vrijgevestigd medisch specialisten). De zorginstelling heeft een zelfstandig declaratierecht voor de gezamenlijke zorgprestatie jegens de patiënt of diens zorgverzekeraar.[2]

2.2 Naar aanleiding van het verlies van het zelfstandig declaratierecht hebben veel vrijgevestigde medisch specialisten zich – mede om hun fiscale ondernemersstatus te behouden - verenigd in Medisch Specialistische Bedrijven (hierna: MSB's). De MSB's hebben in de regel de rechtsvorm van een maatschap of een coöperatie. In de praktijk krijgt dit vorm doordat individuele vrijgevestigde medisch specialisten die werkzaam zijn in een (of meer) bepaalde instelling(en) samen een MSB vormen. Via hun praktijkvennootschappen (BV's) zijn zij vennoot in de MSB-maatschap of lid van de MSB-coöperatie. De MSB sluit een overeenkomst met de instelling voor het binnen die instelling verrichten van medisch specialistische zorg. De interne verhoudingen tussen de vennoten wordt geregeld door de maatschapsovereenkomst of de ledenovereenkomst.

---

1 Federatie Medisch Specialisten, 'Factsheet feiten en cijfers medisch-specialische zorg' 2021.
2 Deze regeling is neergelegd in de artikelen 31 en 32 van de Regeling medisch-specialistische zorg – NR/REG-2103a.

2.3 Elke vennoot in een MSB-maatschap heeft recht op een aandeel in de winsten en verliezen en heeft een eigendomsaandeel in de gemeenschappelijke goederen die zijn ingebracht dan wel gezamenlijk zijn verworven. Indien een vennoot de maatschap of een lid de coöperatie wil verlaten, kan zij of hij het maatschapsaandeel respectievelijk lidmaatschap tegen een eenmalige vergoeding dan wel door middel van een uitgroeiregeling overdragen aan een toetredend medisch specialist.

Wat zou de maatregel inhouden?

2.4 Dit advies heeft betrekking op een maatregel die ertoe leidt dat een instelling voor medisch specialistische zorg uitsluitend een tarief mag declareren voor zorg die is verricht door zorgverleners die bij haar in dienstbetrekking zijn. Dit resulteert in een indirect verplichte loondienst voor vrijgevestigde medisch specialisten. In dit advies gaan wij uit van een maatregel die in beginsel geldt voor alle vormen van medisch specialistische zorg (Zvw-basispakket en overige).

2.5 De maatregel ziet daarnaast nog op een ander voorstel dat afzonderlijk of in combinatie met de maatregel tot (indirect) verplichte loondienst wordt ingevoerd. Het gaat om de maatregel waarbij het inkomen van artsen in loondienst wordt gemaximeerd op één of 1,5 keer de WNT-norm.

2.6 Voorstanders van het uitsluitend in loondienst laten werken van medisch specialisten verwachten dat met die maatregel de parallelliteit van belangen binnen instellingen wordt bevorderd. De maatregel zou bijdragen aan de zogenaamde gelijkgerichtheid[3] van medisch specialisten en instellingen en bovendien bijdragen aan de beheersing van de (macro)zorgkosten. Gelijkgerichtheid wordt gezien als essentiële randvoorwaarde voor de bevordering van doelmatige en passende zorg. De vooronderstelling van voorstanders van de maatregel is dat vrijgevestigde medisch specialisten zich in hun gedrag mede zouden laten leiden door hun eigen (financieel) belang (althans dat van hun MSB), en minder door de beleidswens van de instelling waarvoor zij werkzaam zijn, als gevolg waarvan gelijkgerichtheid moeilijk(er) te bereiken zou zijn. Het invoeren van een (indirecte) verplichte loondienst zou daar verandering in kunnen brengen.

[3] De NZa beschrijft in de monitor Integrale bekostiging MSZ (2016) gelijkgerichtheid als volgt: "In de bekostiging van zorg moet niet het financiële eigenbelang van ziekenhuizen en specialisten voorop staan, maar het gezamenlijke belang om de patiënt de best mogelijke zorg te bieden. Oftewel: een gelijkgerichtheid van belangen. Ziekenhuizen en vrijgevestigde medisch specialisten moeten samen doelmatigheid en kwaliteit nastreven." SiRM definieert gelijkgerichtheid als volgt: "Partijen bepalen samen wat er moet gebeuren om patiënten de Juiste Zorg op de Juiste Plek te bieden, hoe zij dit organiseren, wie wat gaat doen en wie er op welke manier voor gaat betalen." Partijen zijn hierbij in eerste instantie de Raad van Bestuur (RvB) van het ziekenhuis, medisch specialisten (vrijgevestigd en in loondienst) en het Medisch Specialistisch Bedrijf (MSB) als ook de Vereniging Medisch Specialisten in Dienstverband (VMSD) / Vereniging Medische Staf (VMS). Daarnaast zijn uiteraard ook de patiënt, verpleegkundige, eerstelijns zorgprofessional, thuiszorg, gemeente, GGZ- en VVT-instellingen, zorgverzekeraar, zorgkantoor en andere partijen belangrijk. Zie: https://www.sirm.nl/publicaties/gelijkgerichtheid-stimuleert-juiste-zorg-op-de-juiste-plek

Wat zijn de (mogelijke) gevolgen van de maatregel voor de medisch specialisten?

2.7 De maatregel behelst een ingrijpende stelselwijziging. Voor de vraag wat de precieze gevolgen zullen zijn voor de medisch specialisten, is vanzelfsprekend relevant hoe de maatregel precies wordt vormgegeven.

2.8 Voor medisch specialisten heeft de maatregel, uitgaande van de hoofdlijnen zoals hierboven geschetst, aanzienlijke gevolgen. Vrijgevestigde medisch specialisten die niet als solist medisch specialistische zorg verlenen, zullen immers in loondienst moeten treden bij een zorginstelling. Wij gaan van de veronderstelling uit dat enkel solistische medisch specialisten hun vrijgevestigde positie zullen kunnen behouden. Wij hebben begrepen dat de positie van solistische medisch specialisten in 'Zorgkeuzes in kaart' niet is meegenomen in het kader van de voorgestelde maatregel van loondienst voor medisch specialisten. De eventuele toepassing van de voorgenomen maatregel op solistische medisch specialisten en de effecten hiervan zijn op dit moment nog niet uitgekristalliseerd. Het verplicht stellen van loondienst voor solistische medisch specialisten zou in de praktijk evenwel de nodige complicaties opleveren. Denk hierbij bijvoorbeeld aan de vraag waar of bij wie de solisitisch opererende medisch specialisten in loondienst zouden moeten gaan.

2.9 (Niet-solistisch opererende) medisch specialisten kunnen als gevolg van de maatregel niet langer als fiscaal ondernemer binnen de zorg opereren, maar moeten in dienst treden van een zorginstelling. Zij zijn dan niet langer ondernemer, maar worden werknemer. Dit zal zonder meer gevolgen hebben voor (de hoogte van) de inkomsten van de medisch specialisten. Dit heeft niet alleen te maken met een eventueel lager honorarium, maar ook met bepaalde fiscale voordelen die vrijgevestigde medisch specialisten op dit moment vanwege hun ondernemerschap genieten. Ook voor (de hoogte van) het pensioen van de medisch specialisten zal de maatregel mogelijk de nodige gevolgen hebben. Daarnaast ontstaat er voor medisch specialisten als gevolg van de maatregel onzekerheid over hun arbeidsvoorwaarden en de mate waarin zij hier invloed op kunnen uitoefenen. Ook ontstaat er onzekerheid over of en waar een mogelijk dienstverband tot stand zal komen (bij welke instelling(en), met welke omvang e.d.).

2.10 De maatregel zal daarnaast gevolgen hebben voor het (voortbestaan van) de MSB's. Doordat de maatregel meebrengt dat uitsluitend gedeclareerd mag worden voor zorg die is verleend door zorgverleners in dienstbetrekking bij een instelling, verliezen de MSB's hun 'businessmodel'. Zorg verleend door vrijgevestigde medisch specialisten, verenigd in deze MSB's, kan dan immers niet langer gedeclareerd worden. Binnen de MSB zullen bijgevolg geen (relevante) economische activiteiten meer (kunnen) worden ondernomen. Bestaande MSB's zullen worden vereffend en ontbonden. Maten of leden van de MSB's zullen hun aandeel in de MSB niet langer kunnen overdragen aan nieuw toetredende medisch specialisten, zoals gebruikelijk was. Jonge medisch specialisten zullen zich immers, anders dan voorheen vaak het geval was, niet meer inkopen in

MSB's, maar direct in loondienst treden van een instelling. Dat zittende maten of leden van MSB's hun eigen aandeel in de MSB niet kunnen overdragen aan nieuwe intreders betekent ook dat zij niet hun eigen inkoopsom kunnen terugkrijgen.

2.11 Waar de hiervoor genoemde gevolgen zich in beginsel voor alle (niet solistisch opererende) vrijgevestigde medisch specialisten zullen voordoen, kan daarnaast in individuele gevallen sprake zijn van omstandigheden die maken dat de maatregel voor individuen nog ingrijpender gevolgen heeft. Er kan in dit verband worden gedacht aan medisch specialist die recent tot een MSB zijn toegetreden of medisch specialisten die geen aanbod krijgen voor een dienstverband. Dit zal mede afhangen van de wijze waarop de maatregel precies wordt vormgegeven en ingevoerd.

2.12 De maatregel heeft mogelijk ook voor instellingen als ziekenhuizen gevolgen. Zij zullen met medisch specialisten afspraken moeten maken over arbeidsvoorwaarden. Mogelijk onstaat tussen ziekenhuizen concurrentie over wie welke medisch specialist in dienst neemt, waarbij specialisten hun huid wellicht duur zullen proberen te verkopen. Een ander gevolg kan zijn dat sommige medisch specialisten buiten een instelling als solist aan de slag (kunnen) gaan. Dergelijke gevolgen van de stelselwijziging kunnen ook hun weerslag hebben op de mate waarin het ziekenhuis haar verplichtingen jegens zorgverzekeraars en patiënten kan nakomen.

2.13 In verschillende rapporten wordt als een mogelijk gevolg van het in loondienst laten werken van medisch specialisten genoemd dat de productie per medisch specialist zal afnemen, omdat de productieprikkel (grotendeels) wordt weggenomen. De verdeling van financiële middelen binnen msb's is immers volgens de NZa met name geënt op productie.[4] Daardoor zullen mogelijk wachtlijsten ontstaan en zijn meer medisch specialisten nodig om hetzelfde werk te kunnen verrichten.[5] Dat brengt opleidingskosten en personeelskosten met zich.

2.14 Ondanks dat nog niet vaststaat hoe de maatregel precies zou worden vormgegeven, kunnen wij op grond van het voorgaande wel concluderen dat de gevolgen van de maatregel ingrijpend zullen zijn. Om een dergelijke ingrijpende maatregel te kunnen nemen, moet op voorhand goed in kaart worden gebracht of de maatregel ook het effect zal bereiken dat ervan verwacht wordt. Dan kan immers worden beoordeeld of de (ingrijpende) gevolgen van de maatregel gerechtvaardigd kunnen worden door het doel dat ermee bereikt wordt. Dit evenwicht speelt een rol in de beoordeling van de vraag of sprake is van een 'fair balance' in het kader van de toets aan artikel 1 Eerste Protocol bij het EVRM (waarop wij in dit advies uitgebreid ingaan), maar het speelt ook

[4] Zie bijvoorbeeld *Bijlage 2 Monitor msz 2020-2021 Onderzoek naar gelijkgerichtheid en financiële prikkels*, Utrecht: NZa 2021, p. 5. De NZa ziet ook ontwikkelingen naar een verdeelmodel dat minder is geënt is op productie en dat gelijkgerichtheid bevordert (p.6).

[5] K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer, Rotterdam: AKD 2021, p. 2-3; L. Kok, A. Houkes en C. Tempelman, *De relatie tussen medisch specialisten en het ziekenhuis* (in opdracht van het ministerie van VWS), Amsterdam: SEO economisch onderzoek 2010, p. ii, 19; *Naar een toekomstbestendig zorgstelsel, Brede maatschappelijke heroverweging*, Den Haag: Rijksoverheid 2020, p. 125.

een belangrijke rol in het kader van (onder meer) de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en (uitdrukkelijk) ook in het kader van de vrij verkeersregels die volgen uit het Europees recht. In dit advies beperken wij ons tot de vragen die u aan ons hebt voorgelegd, maar het spreekt voor zich dat – als de maatregel zou worden ingevoerd – ook aan de hiervoor genoemde normen moet worden voldaan.

3 Juridisch kader eigendomsrecht

3.1 Artikel 1 Eerste Protocol bij het Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens (hierna: artikel 1 EP) beschermt het recht op ongestoord genot van eigendom. Aan niemand zal zijn eigendom worden ontnomen, behalve in het algemeen belang en onder voorwaarden voorzien in de wet en in de algemene beginselen van internationaal recht. Artikel 1 EP tast evenwel niet het recht aan dat een overheidsorgaan heeft om de wetten toe te passen, die hij noodzakelijk oordeelt om het gebruik van eigendom te reguleren in overeenstemming met het algemeen belang.

3.2 Het EHRM toetst aan de hand van drie vragen of aan artikel 1 EP is voldaan:

1. Is sprake van eigendom in de zin van artikel 1 EP?;
2. Zo ja, is sprake van inmenging in het eigendomsrecht?;
3. Zo ja, is de inmenging gerechtvaardigd?

3.3 Aan een gerechtvaardigde inmenging worden drie voorwaarden gesteld:

a) De maatregel is voorzien bij wet (inmenging is *lawful*);
b) De maatregel dient een algemeen belang (*general interest*);
c) De maatregel is proportioneel, oftewel er bestaat een evenwichtige verhouding (*fair balance*) tussen het doel van de inmenging en het middel dat daarvoor wordt ingezet.

3.4 Bij de toets aan artikel 1 EP staat voorop dat de overheid een ruime beoordelingsvrijheid (*wide margin of appreciation*) geniet.[6] Deze beoordelingsvrijheid is vooral van belang bij de beoordeling of de maatregel een algemeen belang dient en of de maatregel proportioneel is.

3.5 In de **bijlage** bij dit advies geven wij een nadere toelichting op het toetsingskader van artikel 1 EP, aan de hand van jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens.

[6] EHRM 21 februari 1986, 8793/79, para. 46 (*James e a /Verenigd Koninkrijk*); EHRM 19 december 1989, 10522/83, para. 45 (*Mellacher/Oostenrijk*).

4 Beantwoording van de vragen met betrekking tot artikel 1 EP

4.1 *Inleiding*

4.1.1 In het navolgende worden de door u aan ons voorgelegde vragen beantwoord. Wij hebben de vragen geplaatst in de volgorde van het toetsingskader van artikel 1 EP. Om de beantwoording van de vragen overzichtelijk te houden en al te lange antwoorden te voorkomen, hebben wij soms vragen opgeknipt. De volgende vragen worden in dit hoofdstuk achtereenvolgens beantwoord:

1. Hoe kijkt u naar het betoog dat de te realiseren goodwill niet voortvloeit uit de bestaande patiëntenkring maar vrijwel uitsluitend uit verwachte toekomstige inkomsten?
2. Hoe zouden de waarde op grond van de bestaande patiëntenkring en de waarde op grond van toekomstige inkomsten gescheiden kunnen worden?
3. Hoe kijkt u naar het betoog dat in het slechtste geval sprake is van regulering van eigendom?
4. Hoe beoordeelt u de onderbouwing van het met de maatregel te dienen algemeen belang en de noodzaak van de maatregel?
5. Kan naar uw oordeel overtuigend betoogd worden dat de maatregel noodzakelijk is in het algemeen belang en geschikt is om het gestelde doel te behalen?
6. Hoe robuust vindt u de onderbouwing van de stelling dat de maatregel voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit?
7. Bestaat er een risico dat de Staat aan een medisch specialist op grond van het egalitébeginsel aanvullende financiële compensatie moet betalen?

Opmerkingen vooraf

4.1.2 Naar aanleiding van uw vragen staan wij in dit advies vrij precies stil bij mogelijke goodwill die bij een eventueel invoeren van de maatregel zou moeten worden betrokken. Wij benadrukken dat los van de omvang van de goodwill de invoering van de maatregel zelf rechtmatig zal moeten zijn. Hiervoor gaven wij al aan dat daarvoor moet vaststaan dat de maatregel een legitiem (algemeen) belang moet dienen. Betaalbare en goede zorg is een legitiem belang. Er zal echter ook onderbouwd moeten kunnen worden dat verwacht mag worden dat de maatregel aan dat belang een bijdrage zal leveren (geschikt en noodzakelijk is vanwege dat belang) en dat de maatregel proportioneel is. Dat vergt gedegen onderzoek: naar de problemen die zich voordoen, naar de vraag in hoeverre deze maatregel aan een oplossing daarvan kan bijdragen, naar de mogelijke effecten van de maatregel op de medisch specialisten maar ook naar de brede mogelijke effecten van de maatregel (mag verwacht worden dat de maatregel effectief is en welke ongewenste effecten kunnen optreden?) en naar mogelijke minder ingrijpende alternatieve maatregelen. Aan de hand van dat onderzoek zal ook een afweging gemaakt moeten worden over de proportionaliteit van

de maatregel en, als tot invoering van de maatregel zou worden besloten, over de wijze van invoering van de maatregel.

4.1.3 Dit onderzoek is op dit moment niet voor handen in de stukken die wij in het kader van onze advisering hebben verkregen. Dat wil niet zeggen dat de maatregel nooit zou kunnen worden ingevoerd, maar wel dat eerst op basis van een dergelijk onderzoek kan worden beoordeeld of de maatregel aan de daaraan te stellen eisen voldoet.

4.1.4 Het gaat om een ingrijpende maatregel. Alleen daarom al invoering van de maatregel pas kunnen worden overwogen op basis van gedegen onderzoek. Dat zal nodig zijn in de procedures die ongetwijfeld over deze maatregel zullen volgen, maar ook los daarvan mag van de overheid vanzelfsprekend worden verwacht dat een dergelijke maatregel op gedegen onderzoek wordt gebaseerd.

4.2 *Vraag 1. Hoe kijkt u naar het betoog dat de te realiseren goodwill niet voortvloeit uit de bestaande patiëntenkring maar vrijwel uitsluitend uit verwachte toekomstige inkomsten?*

4.2.1 Op grond van vaste rechtspraak van het EHRM kan goodwill onder bepaalde omstandigheden als eigendom in de zin van artikel 1 EP worden beschouwd. Toekomstige inkomsten kunnen evenwel alleen als goodwill worden aangemerkt wanneer zij reeds zijn verdiend of wanneer daarop een rechtens afdwingbare aanspraak bestaat. Dat brengt met zich dat goodwill, dan wel de waarde van een onderneming niet als eigendom in de zin van artikel 1 EP heeft te gelden, indien het bestaan daarvan uitsluitend kan worden onderbouwd door verwijzing naar toekomstige inkomsten.[7] Goodwill kan wel onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP vallen als het verdiencapaciteit betreft die besloten ligt in een klantenbestand dat op zichzelf een zekere waarde vertegenwoordigt.

4.2.2 Het EHRM maakt dus onderscheid tussen enerzijds goodwill in de zin van een klantenbestand (die valt onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP EVRM), en anderzijds goodwill in de zin van toekomstige inkomsten die nog niet verdiend zijn en waarop nog geen aanspraak bestaat (die valt niet onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP).

4.2.3 Op grond van de beschikbare jurisprudentie van het EHRM is niet zonder meer evident of het aandeel in het MSB (waarvan de goodwill onderdeel uitmaakt), dat de medisch specialist heeft verkregen bij toetreding tot het MSB, moet worden gekwalificeerd als 'possession' in de zin van artikel 1 EP, of niet. Bestaat de waarde van (de goodwill die deel uitmaakt van) het MSB-aandeel voornamelijk uit 'toekomstige verdiencapaciteit' die wordt gebaseerd op louter toekomstige inkomsten (zoals AKD stelt) of uit de waarde van 'het patiëntenbestand en relatiebestand van de praktijk' (volgens

[7] HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR: 2016:2888, rov. 3.3.2 (*Pelsdieren*); HR 9 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:898, rov. 2.19-2.20 (concl. A-G P. Vlas).

VBK/Houthoff de belangrijkste vermogenscomponenten van de medisch specialistische praktijk), óf geldt dat de waarde van (de goodwill die deel uitmaakt van) het MSB-aandeel wordt bepaald door beide componenten; deels door het klanten-/ relatiebestand en deels door te verwachten toekomstige inkomsten? Wij zullen proberen die vraag te beantwoorden.

4.2.4 Er zijn verschillende definities van goodwill in omloop. In het rapport van de Commissie inkomens medisch specialisten uit 2012 wordt onder goodwill verstaan: "de meerwaarde van de onderneming boven de 'tastbare' bezittingen". Bij medisch specialisten zal de goodwill over het algemeen uitsluitend uit deze immateriële post bestaan. "De goodwill drukt de toekomstige winstpotentie van de onderneming in euro's uit", aldus de commissie.[8] Goodwill wordt daarnaast ook wel als 'sleutelgeld' aangeduid, omdat het in zekere zin als toegang tot de praktijk functioneert.[9]

4.2.5 De Federatie voor Medisch Specialisten definieert goodwill als een beloning voor over te dragen verdiencapaciteit.[10] De goodwill van een praktijk van medisch specialisten wordt volgens de door de Federatie gehanteerde methodiek in de regel dan ook bepaald aan de hand van de in te schatten winstcapaciteit van de praktijk.

4.2.6 Het gaat hier steeds over de goodwill zoals die boekhoudkundig wordt beoordeeld en berekend. In zijn conclusie voorafgaand aan het arrest over de pelsdierenhouders concludeert Advocaat-Generaal Vlas evenwel dat verschil bestaat in de definiëring van het begrip goodwill vanuit een (bedrijfs)economisch oogpunt enerzijds, en vanuit juridisch (EHRM-)oogpunt anderzijds.

> "2.19 Het door het Hof gemaakte onderscheid tussen goodwill en toekomstige inkomsten is in de vakliteratuur wel bekritiseerd. Boekhoudkundig en bedrijfseconomisch is een dergelijk onderscheid niet te maken. In boekhoudkundig opzicht is goodwill te definiëren als het verschil tussen de overnamesom van een onderneming en de totale waarde van de balans. In economisch opzicht is goodwill te definiëren als de gekapitaliseerde waarde van de in de toekomst te verwachten overwinst. Er zou bovendien geen reden zijn om onderscheid te maken tussen goodwill zoals die door bijvoorbeeld artsen, advocaten of bioscopen wordt genoten, onder meer in de vorm van een opgebouwde en bestaande clientèle, en goodwill zoals die wordt genoten door ondernemingen die geen bestaande klantenkring hebben. In de literatuur is daarom bepleit dat ook 'reasonably and legitimately expected' toekomstige inkomsten als 'possession' in de zin van art. 1 EP zouden moeten worden beschermd.
>
> 2.20 Hoezeer daarover ook naar boekhoudkundig of economisch opzicht anders kan worden geoordeeld, naar de stand van de huidige rechtspraak

[8] P.L. Meurs, M. Bontje, H. Borstlap, J. Legemaate, *Gezond belonen Beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten*, Commissie inkomens medisch specialisten 2012.
[9] D. Plantinga, *Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen Rapportage goodwillvraagstuk,* Groningen: Caraad Belastingadviseurs.
[10] *Goodwill in het MSB - Reglement praktijkwaardering* (reglement van de Federatie Medisch Specialisten), 5 februari 2015.

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

2.21 Het is overigens niet eenvoudig in te zien hoe goodwill (in de vorm van een clientèle) een afzonderlijk en zelfstandig onderwerp kan zijn van regulering of van onteigening. Het gaat het EHRM dan ook in de eerste plaats om het economisch belang in de onderneming of de beroepspraktijk als geheel. De clientèle is daarvan slechts een onderdeel. Het economisch belang in de onderneming of de beroepspraktijk als geheel is aan te merken als eigendom in de zin van art. 1 EP."[11]

4.2.7 De Hoge Raad volgt de conclusie van de Advocaat-Generaal. De omstandigheid dat de pelsdierenhouders de waarde van hun goodwill niet hebben gebaseerd op bestaande eigenschappen of verworvenheden ('assets') van hun ondernemingen, zoals een klantenbestand, maar op toekomstige inkomsten die zij hopen te genereren (waarbij van belang was dat het gros van de pelzen (99%) op de beurs werd verkocht en dus geen sprake was van een vaste klantenkring), brengt volgens de Hoge Raad mee dat het hof terecht heeft geconcludeerd dat de goodwill niet kwalificeert als eigendom in de zin van artikel 1 EP EVRM:

"Ingevolge bestendige rechtspraak van het EHRM kan goodwill onder bepaalde omstandigheden weliswaar als eigendom in de zin van art. 1 EP worden beschouwd, maar kunnen toekomstige inkomsten alleen dan als zodanig worden aangemerkt wanneer zij reeds zijn verdiend of wanneer daarop een rechtens afdwingbare aanspraak bestaat (vgl. recent EHRM 21 april 2016, nr. 32913/03 (Topallay/Albanië), par. 88). Dat brengt met zich dat goodwill, dan wel de waarde van een onderneming niet als eigendom in de zin van art. 1 EP heeft te gelden indien het bestaan daarvan uitsluitend kan worden onderbouwd door verwijzing naar toekomstige inkomsten (…)

In de uitspraken waarin het EHRM goodwill als (onderdeel van) eigendom heeft aanvaard, ging het om gevallen waarin die goodwill voortvloeide uit een bestaande vergunning (vgl. EHRM 7 juli 1989, nr. 10873/84 (Tre Traktörer

[11] HR 9 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:898, rov. 2.19-2.21 (concl. A-G P. Vlas).

> Aktiebolag/Zweden) en EHRM 18 februari 1991, nr. 12033/86 (Fredin/Zweden)), of uit een bestaande klanten- of patiëntenkring (vgl. EHRM 26 juni 1986, nrs. 8543/79, 8674/79 en 8635/79, ECLI:NL:XX:1986:AC9450, NJ 1987/581 (Van Marle e.a./Nederland) en de hiervoor genoemde zaak Malik/Verenigd Koninkrijk). Daarnaast is in de zaak Wendenburg/Duitsland (EHRM 6 februari 2003, nr. 71630/01) art. 1 EP toepasselijk geacht op "law practices and their clientele"; voor die toepasselijkheid achtte het EHRM echter van belang dat op grond van een bestaand wettelijk privilege (het uitsluitend recht van advocaten om te procederen voor Duitse gerechtshoven) de 'legitimate expectation' bestond dat inkomsten verworven kunnen worden: "When dealing with the protection of privileges accorded by law, the Convention is applicable where such privileges lead to a legitimate expectation of acquiring certain possessions".
>
> In het licht van het voorgaande geeft het oordeel van het hof geen blijk van miskenning van de relevante rechtspraak van het EHRM omtrent de reikwijdte van art. 1 EP. Het hof heeft immers vastgesteld dat NFE c.s. de waarde of goodwill van hun ondernemingen vrijwel volledig, zo niet uitsluitend, baseren op de toekomstige inkomsten die zij na 15 januari 2013 hopen te generen (rov. 2.7), en niet op bestaande eigenschappen of verworvenheden ('assets') van hun ondernemingen, zoals een klantenbestand. In dit verband heeft het hof in aanmerking genomen dat namens NFE c.s. is verklaard dat 99% van de geproduceerde pelzen via de beurs wordt verkocht (rov. 2.8 en 3.11). Onderdeel 1.2.1 faalt derhalve."[12] (onderstreping toegevoegd)

4.2.8 Het is de vraag wat in het kader van artikel 1 EP nu precies als eigendom kan worden beschouwd: de goodwill in de vorm van een klantenbestand of het economisch belang in de onderneming of beroepspraktijk als geheel, waar het klantenbestand onderdeel van is. Bij het laatste is voor de waardering van het onderdeel goodwill enkel (het deel van) de goodwill die gebaseerd is op het klantenbestand van belang. Advocaat-Generaal Vlas merkt in zijn conclusie op dat het het EHRM in de eerste plaats gaat om het economisch belang in de onderneming of de beroepspraktijk als geheel. De clientèle is daarvan slechts een onderdeel. Het economisch belang in de onderneming of de beroepspraktijk als geheel is volgens AG-Vlas aan te merken als eigendom in de zin van art. 1 EP.[13] Wat daar ook van zij, voor de toets in het kader van artikel 1 EP is van belang dat goodwill die gebaseerd is op een klantenbestand wel en goodwill die gebaseerd is op toekomstige inkomsten geen eigendom in de zin van artikel 1 EP is.

4.2.9 Voor de vraag of de goodwill (als onderdeel van de waarde van het MSB-aandeel) valt onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP, is dus niet zozeer relevant hoe de goodwill in bedrijfseconomisch opzicht wordt becijferd. Op grond van de EHRM-jurisprudentie is immers niet zozeer de bedrijfseconomische waardering van de goodwill doorslaggevend, maar is doorslaggevend of de goodwill is gebaseerd op een 'asset' als een klantenbestand, of (vrijwel) volledig op toekomstige inkomsten die men

[12] HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR: 2016:2888, rov. 3.3.2 e.v.
[13] HR 9 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:898, rov. 2.21 (concl. A-G P. Vlas)

hoopt te genereren. Een klantenbestand wordt gezien als een zelfstandig object dat zelfstandig een zekere waarde vertegenwoordigt, dat in veel opzichten gelijk is aan een 'private right'.[14] Daarom moet het ons inziens worden gekwalificeerd als 'possession' in de zin van artikel 1 EP en valt het onder het beschermingsbereik van dit artikel.

4.2.10 Het komt ons voor dat de voormelde jurisprudentie van het EHRM ook betrekking zou kunnen hebben op een relatiebestand van verwijzende zorgverleners (zoals huisartsen, verloskundigen, bedrijfsartsen, etc.). Als MSB's kunnen bewijzen dat zij beschikken over een patiëntenbestand en/of een relatiebestand van verwijzende zorgverleners, en hun goodwill (al dan niet gedeeltelijk) daarop kunnen baseren zal in beginsel sprake zijn van eigendom in de zin van artikel 1 EP. Of MSB's en/of individuele medisch specialisten een dergelijk patiënten- en/of relatiebestand hebben, kan per geval verschillen. Wij kunnen ons voorstellen dat in de meeste gevallen eerder het ziekenhuis – en niet het MSB of de medisch specialist – over een patiënten- en/of relatiebestand beschikt. Mogelijk kan eerder gesproken worden van een patiënten- en/of relatiebestand van het MSB of de medisch specialist, wanneer sprake is van een *samenwerkings*overeenkomst tussen het ziekenhuis en het MSB, dan wanneer sprake is van een *overeenkomst van opdracht* tussen het ziekenhuis en het MSB.

4.2.11 Overigens is onvoldoende dat een medisch specialist enkel *stelt* dat zijn goodwill gebaseerd is op een klantenbestand. Hij moet voldoende aandragen om vast te kunnen stellen dat inderdaad sprake is van een klantenbestand dat kwalificeert als 'asset', en aldus zelfstandig een zekere waarde vertegenwoordigt.[15]

> Daarbij is mogelijk van belang dat door wachtlijstbemiddeling van verzekeraars, het sluiten van contracten met alleen bepaalde zorginstellingen en het onderbrengen van bepaald soort verrichtingen bij bepaalde instellingen die daarin gespecialiseerd zijn en die behandelingen vaak uitvoeren, mee zou kunnen brengen dat het klanten-/relatiebestand als zelfstandige 'asset' aan waarde inboet.

4.2.12 Wij achten wel van belang dat, anders dan bijvoorbeeld het geval is ten aanzien van advocaten en accountants (de beroepsgroepen waar veel van de relevante jurisprudentie van het EHRM betrekking op heeft), in het geval van medisch specialisten minder sprake is van een *door henzelf gegenereerd* klantenbestand (zie randnummer 4.2.10). Een medisch specialist heeft, veel meer dan een advocaten, een verzekerd aanbod van patiënten. Mensen worden ziek en bekend is hoe vaak bepaalde aandoeningen voorkomen; daarop is het hele model gebaseerd. Een klantenbestand van een medisch specialist ontstaat daarom veel meer op natuurlijke wijze, doordat in een regio een groot ziekenhuis staat waarin een bepaald specialisme aanwezig is en de mensen uit die regio daarvoor dus veelal naar dat ziekenhuis worden verwezen, dan

[14] EHRM 22 mei 2006, 6213/03 (*Lederer/Germany*).
[15] HR 13 mei 2016, ECLI:NL:PHR:2016:379, rov. 2.3 (concl. A-G F.F. Langemeijer).

wel wordt gekeken bij wel ziekenhuis de wachtlijst het kortst is. Het EHRM acht het feit dat een klantenbestand door eigen inspanningen is opgebouwd echter wel relevant:

> "Rights akin to property rights have existed in cases where, by dint of their own work, the applicants concerned had built up a clientele. This clientele had, in many respects, the nature of a private right and constituted an asset, and hence a possession within the meaning of the first sentence of Article 1 (see Van Marle and Others v. the Netherlands, 26 June 1986, § 41, Series A no. 101, and Malik v. the United Kingdom, no. 23780/09, § 89, 13 March 2012)."[16] (onderstreping toegevoegd)

4.2.13 Wij veronderstellen dat medisch specialisten, anders dan advocaten en accountants, niet (of in elk minder) kunnen aantonen dat zij richting hun klantenkring acquisitie-inspanningen verrichtten om hen te werven, althans nog steeds verrichten om hen te behouden.

4.2.14 De vraag of de waarde van goodwill of de waarde van het MSB-aandeel waarvan goodwill deel uitmaakt, niet voortvloeit uit de bestaande patiëntenkring, maar vrijwel uitsluitend uit de verwachte toekomstige inkomsten, is dus niet eenvoudig in algemene zin te beantwoorden. Dat hangt af van de mate waarin een medisch specialist in het concrete geval kan onderbouwen dat de waarde van zijn aandeel in het MSB (ten minste deels) bestaat uit een klanten- en/of relatiebestand dat hij of zij zelf heeft opgebouwd. Als medisch specialisten goed kunnen onderbouwen dat hun MSB-aandeel (voor een deel) is gebaseerd op een klanten- en/of relatiebestand en dus als 'asset' met een zelfstandige waarde kwalificeert, ligt een standpunt dat uitsluitend sprake is van goodwill gebaseerd op verwachte toekomstige inkomsten (die niet wordt beschermd door artikel 1 EP EVRM) niet snel voor de hand. Daarbij is dus blijkens de jurisprudentie van het EHRM wel relevant of zij hun klanten- en/of relatiebestand zelf hebben opgebouwd.

4.2.15 Mogelijk is in de praktijk wel sprake van een mengvorm, waarbij de vergoeding die wordt betaald bij het intreden in een MSB deels wordt betaald voor het klanten-/relatiebestand en deels voor toekomstige inkomsten. Dat zou meebrengen dat een *deel* van de goodwill als 'asset' kan worden aangemerkt, namelijk dat deel dat gebaseerd is op het klanten-/relatiebestand (mits dat zelf is opgebouwd),

4.2.16 Overigens laat al het voorgaande onverlet dat er, naast de goodwill, nog andere 'assets' in de praktijk aanwezig kunnen zijn die (ook, of: wel) onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP vallen.[17] Wij hebben ons hier echter, gelet op de ons voorgelegde vragen, beperkt tot de vraag of dit voor de goodwill geldt.

---

[16] EHRM 16 oktober 2018, 21623/13 (*Könyv-Tàr KFT e a t Hongarije*); Zie ook: EHRM 26 juni 1986, 8543/79, 8674/79 en 8635/79, ECLI:NL:XX:1986:AC9450, NJ 1987/581 (*Van Marle e a /Nederland*) enEHRM 24 mei 2005, 61302/00, para. 82 (*Buzescu/Roemenië*).

[17] Zie in dat verband ook K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 46.

4.3 *Vraag 2. Hoe zouden de waarde op grond van de bestaande patiëntenkring en de waarde op grond van toekomstige inkomsten gescheiden kunnen worden?*

4.3.1 Zoals wij hierboven hebben uiteengezet, ligt het in beginsel op de weg van de medisch specialisten om aan te tonen dat hun goodwill (ook) ziet op een klanten- en/of relatiebestand. Zoals hiervoor aangegeven kan het voorkomen dat sprake is van een mengvorm, waarbij een deel van de goodwill die wordt betaald bij toetreding tot een MSB wordt betaald voor het klanten-/relatiebestand, en een deel voor toekomstige inkomsten. Het is de vraag of die twee strikt gescheiden kunnen worden, nu het klanten-/relatiebestand de toekomstige inkomsten (ten minste deels) zal genereren. De jurisprudentie van het EHRM is over dit onderscheid wat diffuus. Wij kunnen ons echter voorstellen de waarde van het klanten-/relatiebestand wordt berekend door te becijferen welk percentage van de inkomsten door de vaste verwijzers in het relatiebestand wordt gegenereerd. Dat deel van de toekomstige inkomsten zou dan kunnen kwalificeren als de goodwill op basis van het klanten-/relatiebestand, omdat er 'legitimate expectation' bestaat dat daarmee toekomstige inkomsten verdiend zullen worden. Dit deel van de goodwill zou dan ook vallen onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP. Ten overvloede merken wij nogmaals op dat in dit kader een belangrijke voorvraag is of het MSB of de medisch specialist daadwerkelijk over een relatie- en/of patiëntenbestand beschikt (zie randnummer 4.2.9).

4.3.2 De 'overige' goodwill zou dan als kunnen worden gekwalificeerd als toekomstige inkomsten die de medisch specialisten (kennelijk) *hopen* te genereren, maar die niet gebaseerd zijn op een 'asset' als het klanten-/relatiebestand, en die bovendien nog niet zijn verdiend of opeisbaar zijn zodat geen 'legitimate expectation' bestaat. Dat deel van de goodwill zou dan *niet* vallen onder het beschermingsbereik van artikel 1 EP. Voor de onderbouwing van dat standpunt kan aansluiting worden gezocht bij de volgende overweging van de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens in de zaak Gialouris, Christopoulos e.a. t. Griekenland[18]:

> "The Commission notes that the occupation of customs officer is a liberal profession, with no fixed income and no guaranteed turnover, but which is subject to the hazards of economic life. Although the abolition of customs barriers threatens to cause customs officers economic loss, the Commission notes that the latter cannot claim to be entitled to a guaranteed volume of business which could have qualified as a "possession" within the meaning of Article 1 of Protocol No. 1."

4.3.3 Hoe de verdeling tussen beide 'soorten' goodwill cijfermatig precies gemaakt zou moeten worden, is wat ons betreft echter niet primair een juridische, maar eerder een boekhoudkundige vraag die naar verwachting beter door een accountant of andere deskundige kan worden beantwoord.

[18] ECRM 6 april 1995, 24581/94 (*Gialouris, Christopoulos e a /Griekenland*).

4.4 *Vraag 3. Hoe kijkt u naar het betoog dat in het slechtste geval sprake is van regulering van eigendom?*

4.4.1 Bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van de facto ontneming of regulering van eigendom, moet gekeken worden naar het werkelijke effect van de maatregel. Indien de maatregel leidt tot de beëindiging van de onderneming van de betrokkene, maar de rechthebbende heeft nog steeds een economisch belang of een zinvolle gebruiksmogelijkheid bij de activa van de onderneming, is er geen sprake van (de facto) ontneming van eigendom.[19] In dat geval kan wel sprake zijn van regulering van het eigendomsrecht.[20]

4.4.2 AKD stelt wat ons betreft terecht dat de enkele constatering dat het gevolg van de maatregel is dat binnen de bestaande MSB's geen relevante economische activiteit kan worden ontwikkeld, niet zonder meer inhoudt dat sprake is van de facto ontneming van eigendom. Ook stellen zij vast dat de medisch specialisten niet ieder economisch belang bij de beroepsmatige werkzaamheden die zij voorheen binnen de MSB verrichtten, verliezen, nu zij hun activiteiten kunnen voortzetten in loondienstverband.[21]

4.4.3 In dit verband wijzen wij op het arrest van het EHRM in de zaak Lederer t. Duitsland.[22] Die zaak betrof een advocaat die tevens als docent op de universiteit ging doceren. Volgens de Duitse nationale wet zijn die beide beroepen onverenigbaar, zodat Lederer werd geschrapt van het tableau. Het hof oordeelde dat sprake was van regulering van het eigendom van Lederer, en niet van (de facto) ontneming daarvan.

4.4.4 In de zaak Buzescu t. Roemenië[23] werd Buzescu's inschrijving bij de orde van advocaten nietig verklaard. Dit leidde tot een verkleining van zijn klantenkring en daarmee tot een daling van zijn inkomen. Het EHRM kwalificeerde ook deze maatregel als *regulering* van het recht op eigendom in de zin van artikel 1 EP.

4.4.5 De zaak Könyv-Tàr KFT e.a. t. Hongarije[24] had betrekking op de introductie van de monopoliepositie van de Hongaarse Staat op de schoolboekenmarkt. Het hof concludeerde over deze ingrijpende maatregel dat dit regulering van het eigendom van eisers (distributeurs van schoolboeken) betrof:

> "43. The Court notes that, as a consequence of the impugned legislative measure, the applicant companies effectively lost their clientele, which could be considered a "possession" for the purposes of Article 1 of Protocol No. 1 (see paragraph 32 above). It thus finds that there has been an

[19] HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.4.2.
[20] CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.3. Hoewel deze voorbeelden zien op de regulering van het eigendomsrecht van ondernemingen, kan het eigendomsrecht van een natuurlijke persoon (uiteraard) ook worden beperkt. Ook dan is er dus sprake van een inmenging.
[21] K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 47.
[22] EHRM 22 mei 2006, 6213/03 (*Lederer/Germany*).
[23] EHRM 24 augustus 2005, 61302/00 (*Buzescy/Roemenië*).
[24] EHRM 16 oktober 2018, 21623/13 (*Könyv-Tàr KFT e a /Hongarije*).

> interference with the applicant companies' rights under that provision, consisting of a measure entailing control of the use of their property. Such an interference falls to be considered under the second paragraph of Article 1 of Protocol No. 1 (see, mutatis mutandis, Buzescu, cited above, § 88, and Tre Traktörer AB v. Sweden, 7 July 1989, § 55, Series A no. 159)."
> (onderstreping toegevoegd)

4.4.6 Gelet hierop betreft ook de hier aan de orde zijnde maatregel wat ons betreft *regulering* van eigendom, en niet een (de facto) ontneming ervan. Ten eerste is van belang dat de maatregel primair inhoudt dat de declaratiestructuur wijzigt; er kan niet meer door zorginstellingen gedeclareerd worden voor zorg die is verleend door MSB's. Het MSB zelf wordt niet onteigend of verboden. Ten tweede kunnen medisch specialisten hun beroepsmatige werkzaamheden voortzetten, zij het niet langer binnen het MSB, maar in dienstverband. In veel gevallen zullen zij deze werkzaamheden bovendien voortzetten ten behoeve van dezelfde patiënten en relaties als voorheen, maar dan vanuit hun nieuwe rol als medisch specialist in loondienst. Ten derde kunnen de medisch specialisten de activa van de MSB's na vereffening behouden, vervreemden of tegen vergoeding laten aanwenden voor de beroepsmatige werkzaamheden. De medisch specialist behoudt in zoverre een zinvolle gebruiksmogelijkheid van de 'assets' van de onderneming.

4.5 *Vraag 4. Hoe beoordeelt u de onderbouwing van het met de maatregel te dienen algemeen belang en de noodzaak van de maatregel?*

4.5.1 Als doelen van de maatregel worden genoemd i) het bevorderen van gelijkgerichtheid in de zorg en ii) de beheersing van de macro zorgkosten. Zoals reeds is toegelicht in randnummer 3.4 hiervoor, komt aan staten een ruime beoordelingsvrijheid toe bij het beoordelen van wat kan gelden als 'algemeen belang'.

4.5.2 Het EHRM heeft in een aantal zaken de volksgezondheid als algemeen belang in de zin van artikel 1 EP erkend.[25] Het uitgangspunt dat gelijkgerichtheid tussen verschillende zorgaanbieders en/of het (bijgevolg) beheersen van de macrokosten van de zorg, op zichzelf bezien, ten goede komt aan de volksgezondheid en daarmee kwalificeert als algemeen belang, lijkt ons – ook gelet op de jurisprudentie van het EHRM - te vallen binnen de *margin of appreciation* die staten bij de beoordeling van het algemeen belang toekomt.

4.5.3 Daarmee is echter nog niet gezegd dat de maatregel ook daadwerkelijk noodzakelijk is voor het bereiken van dat algemeen belang. De noodzaak en de geschiktheid van de maatregel bespreken wij in ons antwoord op de volgende vraag.

[25] EHRM 6 oktober 2005, 11810/03, para 77 (*Maurice/Frankrijk*); EHRM 6 oktober 2005, 1513/03, para. 77 (*Draon/Frankrijk*); EHRM 13 januari 2015, 65681/13, para. 35.

4.6 *Vraag 5. Kan naar uw oordeel overtuigend betoogd worden dat de maatregel noodzakelijk is in het algemeen belang en geschikt is om het gestelde doel te behalen?*

4.6.1 In onze opmerkingen vooraf gaven wij al aan dat uit de onderzoeken waarover wij de beschikking hebben gekregen, niet overtuigend blijkt dat de maatregel noodzakelijk en geschikt is. Dat wil niet zeggen dat de maatregel nooit mogelijk zal zijn, maar wel dat een gedegen en breed onderzoek vereist is, zeker gelet op de ingrijpendheid van de maatregel. Hoewel aan staten ook bij het beoordelen van de noodzakelijkheid van een maatregel een ruime beoordelingsvrijheid toekomt, is niettemin van belang dat de te nemen maatregel ook daadwerkelijk geschikt is om de gestelde doelen te bereiken. Het EHRM toetst in dit verband of geen sprake is van een maatregel die *'manifestly unreasonable'* is.[26] Het CBb toetst of geen sprake is van een (kennelijk) ongeschikte maatregel.[27]

4.6.2 Zoals hiervoor uiteengezet zou de maatregel genomen worden met het oog op i) de bevordering van de gelijkgerichtheid binnen de instellingen en ii) de beheersing van de macrokosten van de zorg. Wij zetten in het navolgende kort uiteen hoe op dit moment, gelet op de ons bekende beschikbare bronnen, de geschiktheid van de maatregel wordt beoordeeld.[28] Steeds zal eerst per onderdeel uiteen worden gezet hoe de geschiktheid van de maatregel in het rapport van AKD en het rapport van VBK en Houthoff wordt beoordeeld. Ook bespreken wij in hoeverre informatie voorhanden is over eventuele alternatieven voor de maatregel. Tot slot bespreken wij de noodzakelijkheid van de maatregel, ervan uitgaand dat deze inderdaad geschikt is het gestelde doel te bereiken.

> Wij merken daarbij uitdrukkelijk op dat wij niet zelf inhoudelijk hebben beoordeeld of de maatregel geschikt is om de beoogde doelen te bereiken. Daarvoor ontbreekt ons ook de expertise. In dit advies schatten wij in hoe, in het kader van de beoordeling van verenigbaarheid van de maatregel met artikel 1 EP, de geschiktheid van de maatregel *op grond van de op dit moment beschikbare informatie* beoordeeld moet worden.

Ad 1) In hoeverre bevordert de maatregel de gelijkgerichtheid in de zorg?

Rapport AKD en rapport VBK en Houthoff

4.6.3 Zowel in het AKD-rapport als in het VBK/Houthoff-rapport wordt opgemerkt dat gelijkgerichtheid geen juridisch gedefinieerd begrip is. Het is vooral een begrip dat

[26] Vgl. CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.7.3.
[27] CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, rov. 6.6.2.
[28] Bij deze beoordeling nemen wij in ieder geval de volgende rapporten mee: *Zorgkeuzes in kaart 2020 Analyse van beleidsopties van politieke partijen voor de zorg*, Den Haag: CPB, Ministerie van VWS en Ministerie van Financiën 2020; *Naar een toekomstbestendig zorgstelsel, Brede maatschappelijke heroverweging*, Den Haag: Rijksoverheid 2020, bijlage bij: *Kamerstukken II* 2019/20, 32 359, nr. 4; M. Cozijnsen, J.P. Heida en S. Lucieer, *Evaluatie subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ* (in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Utrecht: SiRM 2019.

wordt gebruikt om de wenselijkheid van het gezamenlijk streven van ziekenhuis en medisch specialisten naar kwaliteit en doelmatigheid van de patiëntenzorg te duiden.[29]

4.6.4 In het AKD-rapport wordt ervan uitgegaan dat de maatregel zal bijdragen aan de gelijkgerichtheid in ziekenhuizen. Deze conclusie wordt gebaseerd op interviews met (oud)bestuurders van ziekenhuizen, waaruit zou blijken dat dat "de vrijgevestigde status van medisch specialisten de bestuurbaarheid van een ziekenhuis vermindert".[30] Het eigen financiële belang van medisch specialisten, de vakgroep of het MSB staat volgens het rapport in de weg aan het realiseren van beleidswensen. En het bestaan van een aparte bedrijfskolom naast het ziekenhuis in de vorm van de MSB's en vrijgevestigde medisch specialisten compliceert de governance.[31] Daarnaast zou het veel ziekenhuizen ontbreken aan sturingsmogelijkheden ten aanzien van de vrijgevestigd medisch specialisten. Voorts bepaalt ook de bestuurlijke organisatie van het MSB de mate waarin een MSB effectief kan opereren. Tot slot spelen volgens AKD culturele factoren een rol bij de mate waarin de gelijkgerichtheid binnen ziekenhuizen gewaarborgd kan worden.

4.6.5 AKD merkt echter ook op dat ziekenhuizen in de samenwerking met MSB's instrumenten kunnen inbouwen die de gelijkgerichtheid benadrukken en dat de vorming van MSB's de gelijkgerichtheid ten opzichte van de voor 2015 bestaande situatie soms juist heeft vergroot. De mate waarin de hiervoor vermelde problemen met betrekking tot de bestuurbaarheid zich voordoen, is afhankelijk van een groot aantal factoren.[32] AKD komt desalniettemin tot de conclusie dat "de zakelijke verhoudingen tussen het ziekenhuis en vrijgevestigd medisch specialisten een spanningsveld oproepen, dat van invloed is op de slagvaardige en effectieve bestuurbaarheid van het ziekenhuis door de raad van bestuur en het toezicht daarop door de raad van toezicht".[33]

4.6.6 In het rapport van VBK en Houthoff wordt benadrukt dat de mate waarin de door de zakelijke verhoudingen tussen het ziekenhuis en vrijgevestigde medisch specialisten ontstane spanning de besturing van het ziekenhuis beïnvloedt, afhankelijk is van tal van factoren.[34] De conclusies van AKD ten aanzien van de mate waarin de maatregel gelijkgerichtheid bevordert, zijn volgens VBK en Houthoff gebaseerd op een te

---

[29] *Juridische contra-analyse van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten, uitgevoerd in opdracht van de Federatie Medisch Specialisten*, Utrecht/Rotterdam: Van Benthem & Keulen en Houthoff 2021, p. 24; K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 17.

[30] K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 2.

[31] K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 2, 22.

[32] K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 24-25.

[33] K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 25.

[34] *Juridische contra-analyse van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten, uitgevoerd in opdracht van de Federatie Medisch Specialisten*, Utrecht/Rotterdam: Van Benthem & Keulen en Houthoff 2021, p. 24.

eenzijdige opzet van de analyse (namelijk vooral gebaseerd op interviews met bestuurders van ziekenhuizen).

4.6.7 Het rapport van VBK/Houthoff stelt dat geen (gedegen) onderzoek voorhanden is waaruit het nut, de noodzaak en de effecten van een verplicht dienstverband blijken. Volgens hen bestaat in het AKD-rapport onvoldoende oog voor de 'geïnstitutionaliseerde belangenparallelliteit' en de 'geïnstitutionaliseerde gelijkgerichtheid', die juist in de rechtsverhoudingen tussen medisch specialisten en het ziekenhuis besloten liggen.[35] VBK en Houthoff stellen dat de belangen van het ziekenhuis en de medisch specialisten als gezamenlijk opdrachtnemer van de patiënt voor een groot deel parallel lopen. Ook de contractuele verplichtingen van het ziekenhuis en de medisch specialisten - die uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst met patiënt voortvloeien – lopen "volledig parallel en zijn juridisch gezien volledig gelijkgericht".[36] Daarnaast stellen VBK en Houthoff dat onderzoeken van de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) bevestigen dat in de grote meerderheid van rechtsverhoudingen sprake is van belangenparallelliteit en financiële gelijkgerichtheid tussen MSB's en ziekenhuizen. Tot slot is volgens VBK en Houthoff de gelijkgerichtheid binnen ziekenhuizen verder vergroot met de oprichting van MSB's. VBK en Houthoff geven aan dat het versterken van de belangenparallelliteit, gelijkgerichtheid en bestuurbaarheid zo nodig ook met minder ingrijpende maatregelen gerealiseerd kan worden.

4.6.8 In het rapport 'Zorgkeuzes in Kaart 2020' wordt niet ingegaan op de mate waarin de maatregel gelijkgerichtheid zou bevorderen. Het deelrapport 2 van de Brede Maatschappelijke Heroverweging 'Naar een toekomstbestendig zorgstelsel' (hierna: deelrapport 2 BMH) geeft aan dat het effect van verplichte loondienst op de doelmatige organisatie van de zorg niet kan worden gekwantificeerd.[37] Wel bestaat volgens dit rapport de verwachting dat de kwaliteit van de zorg sterk zal verbeteren door de maatregel, omdat er minder onnodige zorg zal worden verleend.[38] Dit wordt echter niet nader onderbouwd.

4.6.9 In 2019 evalueerde het adviesbureau Strategies in Regulated Markets (hierna: SiRM) in opdracht van uw ministerie de Subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ.[39] Het SiRM komt in het evaluatierapport tot de conclusie dat het onduidelijk is of loondienst altijd bijdraagt aan gelijkgerichtheid.[40] Ontwikkelingen in gelijkgerichtheid door de overstap naar loondienst zijn niet met harde uitkomstmaten en daardoor niet

[35] *Juridische contra-analyse van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten, uitgevoerd in opdracht van de Federatie Medisch Specialisten*, Utrecht/Rotterdam: Van Benthem & Keulen en Houthoff 2021, p. 25.
[36] *Juridische contra-analyse van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten, uitgevoerd in opdracht van de Federatie Medisch Specialisten*, Utrecht/Rotterdam: Van Benthem & Keulen en Houthoff 2021, p. 25.
[37] *Naar een toekomstbestendig zorgstelsel, Brede maatschappelijke heroverweging*, Den Haag: Rijksoverheid 2020, p. 125, bijlage bij: *Kamerstukken II* 2019/20, 32 359, nr. 4.
[38] *Naar een toekomstbestendig zorgstelsel, Brede maatschappelijke heroverweging*, Den Haag: Rijksoverheid 2020, p. 124, bijlage bij: *Kamerstukken II* 2019/20, 32 359, nr. 4.
[39] M. Cozijnsen, J.P. Heida en S. Lucieer, *Evaluatie subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ* (in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Utrecht: SiRM 2019.
[40] M. Cozijnsen, J.P. Heida en S. Lucieer, *Evaluatie subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ* (in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Utrecht: SiRM 2019, p. 18.

betrouwbaar te meten.[41] Gelijkgerichtheid wordt volgens het SiRM multifactorieel bepaald. Wel stelt het SiRM dat "vooral een substantieel effect te verwachten is als nagenoeg alle medisch specialisten binnen een ziekenhuis overstappen naar loondienst. Dit gebeurde echter tot nog toe alleen gelijktijdig met andere grote wijzigingen in ziekenhuizen (i.e. fusies of omvangrijke strategische herpositionering). Dat ondermijnt de betrouwbaarheid van een eventuele meting van de relatie tussen deze overstap naar loondienst en gelijkgerichtheid met zachte uitkomstmaten."[42]

4.6.10 SiRM stelt verder vast dat de effecten van medisch specialisten in loondienst of vrijgevestigde medisch specialisten op de gelijkgerichtheid afhangen van de omstandigheden van het geval.[43] Uit interviews[44] en deskresearch komt bijvoorbeeld naar voren dat het lastig voor ziekenhuizen zou zijn om afspraken te maken met medisch specialisten in loondienst over de productie. Daarnaast zou het voor veel aspecten van het ziekenhuis niet uitmaken of een medisch specialist vrijgevestigd is of in loondienst, omdat beide intrinsiek gemotiveerd zullen zijn. Voorts worden goede verhoudingen en afspraken tussen het ziekenhuis en medisch specialisten als omstandigheden genoemd die meer van invloed zijn op de gelijkgerichtheid dan het werkverband van de medisch specialisten.[45]

4.6.11 SiRM meldt dat uit interviews en deskresearch blijkt dat bestuurders in de MSZ en medisch specialisten niet overtuigd zijn dat loondienst in de praktijk meer gelijkgerichtheid geeft dan vrije vestiging van medisch specialisten. Zo gaf het merendeel van de ziekenhuizen (61%) in de NZa monitor aan hun medisch specialisten niet gestimuleerd te hebben om in loondienst te komen – redenen hiervoor zijn niet beschreven.[46]

4.6.12 Daarnaast is het van belang om op te merken dat de NZa recent in de zorgmonitor concludeerde dat de meerderheid van de afspraken tussen dominante zorgverzekeraars, ziekenhuizen en MSB's reeds gelijkgericht is.[47] Van belang is in te zien dat ook andere factoren en afspraken tussen andere partijen dan enkel de medisch specialisten en de ziekenhuizen (maar bijvoorbeeld ook afspraken met zorgverzekeraars), invloed hebben op de gelijkgerichtheid binnen ziekenhuizen (al dan niet in positieve zin).

---

41 M. Cozijnsen, J.P. Heida en S. Lucieer, *Evaluatie subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ* (in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Utrecht: SiRM 2019, p. 19.

42 M. Cozijnsen, J.P. Heida en S. Lucieer, *Evaluatie subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ* (in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Utrecht: SiRM 2019, p. 19.

43 M. Cozijnsen, J.P. Heida en S. Lucieer, *Evaluatie subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ* (in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Utrecht: SiRM 2019, p. 19-20.

44 Het gaat om 14 interviews met verschillende betrokkenen uit de medische wereld. Zie: Bijlage I bij M. Cozijnsen, J.P. Heida en S. Lucieer, *Evaluatie subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ* (in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Utrecht: SiRM 2019.

45 M. Cozijnsen, J.P. Heida en S. Lucieer, *Evaluatie subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ* (in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Utrecht: SiRM 2019, p. 20-21.

46 M. Cozijnsen, J.P. Heida en S. Lucieer, *Evaluatie subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ* (in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Utrecht: SiRM 2019, p. 20.

47 *Bijlage 2 Monitor msz 2020-2021 Onderzoek naar gelijkgerichtheid en financiële prikkels*, Utrecht: NZa 2021, p. 6. Bijlage bij *Monitor medisch-specialistische zorg 2021: inzicht in contractering, gelijkgerichtheid en financiële prikkels in 2020 en 2021 en kostenontwikkeling in 2019 (incl dure geneesmiddelen),* Utrecht: NZa 2021.

> "Van alle afspraken tussen de dominante zorgverzekeraars, de ziekenhuizen en de msb's is 84% gelijkgericht. Het gaat dan om afspraken waaruit eenzelfde financiële prikkel volgt voor ziekenhuizen en msb's."[48]

4.6.13 Tegelijkertijd blijkt uit de NZA-monitor dat op dit moment de inrichting van de interne verdeelsystematieken binnen MBS's volledige gelijkgerichtheid in de weg staat.[49]

Tussenconclusie ten aanzien van het effect op gelijkgerichtheid

4.6.14 Als de ingrijpende maatregel van verplichte loondienst voor medisch specialisten wordt ingevoerd met het oog op het bevorderen van gelijkgerichtheid in de zorg, is – ten behoeve van de rechtvaardiging daarvan – van belang dat kan worden onderbouwd dat er een redelijke verwachting bestaat dat de maatregel ook daadwerkelijk aan dat doel bijdraagt. De rapporten die wij ten behoeve van dit advies hebben bestudeerd, bieden gelet op het voorgaande naar onze inschatting die overtuigende onderbouwing nog niet.

Ad 2) In hoeverre draagt de maatregel bij aan de beheersing van de (macro) zorgkosten?

4.6.15 Het AKD-rapport noemt twee mogelijke manieren waarop de maatregel kan bijdragen aan kostenbesparing, namelijk: 1) door het wegnemen van de volumeprikkel, waardoor minder zorg wordt geleverd, en 2) door het verlagen van de personeelskosten.

Volumeprikkel

4.6.16 Als gevolg van de invoering van verplichte loondienst zal volgens AKD de volumeprikkel voor medisch specialisten beperkt worden, doordat er geen betaling per verrichting meer plaatsvindt.[50] Hierdoor zal mogelijk minder 'overbodige' zorg worden geleverd. Dit resulteert volgens 'Zorgkeuzes in kaart 2020' in een besparing, omdat de gemiddelde productie van medisch specialisten zal dalen. Vrijgevestigde medisch specialisten maken volgens onderzoek meer uren en leveren meer zorg dan specialisten in loondienst.[51] In het deelrapport BMH 2 wordt het effect hiervan op €

---

48 *Bijlage 2 Monitor msz 2020-2021 Onderzoek naar gelijkgerichtheid en financiële prikkels*, Utrecht: NZa 2021, p. 6. Bijlage bij *Monitor medisch-specialistische zorg 2021: inzicht in contractering, gelijkgerichtheid en financiële prikkels in 2020 en 2021 en kostenontwikkeling in 2019 (incl dure geneesmiddelen),* Utrecht: NZa 2021.

49 *Bijlage 2 Monitor msz 2020-2021 Onderzoek naar gelijkgerichtheid en financiële prikkels*, Utrecht: NZa 2021, p. 5 en 16. Bijlage bij *Monitor medisch-specialistische zorg 2021: inzicht in contractering, gelijkgerichtheid en financiële prikkels in 2020 en 2021 en kostenontwikkeling in 2019 (incl dure geneesmiddelen),* Utrecht: NZa 2021.

50 K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 26.

51 *Zorgkeuzes in kaart 2020 Analyse van beleidsopties van politieke partijen voor de zorg*, Den Haag: CPB, Ministerie van VWS en Ministerie van Financiën 2020, p. 154.

250 miljoen per jaar berekend.[52] Het rapport 'Zorgkeuzes in kaart 2020' gaat uit van een effect van € 100 miljoen per jaar.[53] AKD geeft zelf in het rapport aan dat de aannames die ten grondslag liggen aan deze laatste berekening niet getoetst konden worden. Volumedaling bij relatief goedkope handelingen heeft bovendien een beperkt financieel effect.[54] VBK en Houthoff onderschrijven deze conclusie in belangrijke mate.[55]

4.6.17 AKD noemt een aantal redenen waardoor de geprognosticeerde besparing door vermindering van de volumeprikkel overschat zou worden. Ten eerste ontbreken actuele data die de berekeningen ondersteunen. Daarnaast heeft niet alleen de medisch specialist, maar ook het ziekenhuis – vanwege de afspraken met de zorgverzekeraars – te maken met een productieprikkel. Verplichte loondienst is op die productieprikkel niet van invloed. Ook kan in de beloning van medisch specialisten een productieprikkel zijn ingebouwd.[56]

4.6.18 Ook in het rapport 'Zorgkeuzes in kaart 2020' worden kanttekeningen geplaatst bij de te verwachten productiedaling. Het verplichten van loondienst zal niet leiden tot het verdwijnen van productieprikkels, doordat het ziekenhuis nog wel een productieprikkel heeft. Ook andere redenen noodzaken tot beperkte verwachtingen. Een afname van het aantal medisch specialisten (wat een gevolg kan zijn van de verplichte loondienst) kan bijvoorbeeld leiden tot substitutie van taken naar andere zorgmedewerkers. Voorts hoeft een afname van het aantal gewerkte uren van medisch specialisten zich niet direct te vertalen in een lagere vergoeding van verzekeraars aan ziekenhuizen.[57]

4.6.19 Het is onduidelijk of met de € 100 miljoen per jaar in 'Zorgkeuzes in kaart 2020' enkel op 'onnodige' zorg bespaard zal worden of dat ook minder (wel) nodige zorg geleverd zal worden.[58] Dit kan (uiteindelijk) juist leiden tot hogere kosten. In het AKD-rapport wordt nog opgemerkt dat het de vraag is of verplichte loondienst tot lagere afspraken tussen zorgverzekeraars en ziekenhuizen zal leiden. Het is niet zeker dat indien er € 100 miljoen wordt bespaard, deze besparing daadwerkelijk in de ziekenhuiszorg gerealiseerd zal worden. Daarnaast is niet met zekerheid te zeggen dat de besparing in de ziekenhuiszorg per ziekenhuis is afgestemd op de besparing die zij maken door de indiensttreding van medisch specialisten. Voor ziekenhuizen ontbreekt de prikkel

---

52 *Naar een toekomstbestendig zorgstelsel, Brede maatschappelijke heroverweging*, Den Haag: Rijksoverheid 2020, p. 125, bijlage bij: *Kamerstukken II* 2019/20, 32 359, nr. 4.

53 *Zorgkeuzes in kaart 2020 Analyse van beleidsopties van politieke partijen voor de zorg*, Den Haag: CPB, Ministerie van VWS en Ministerie van Financiën 2020, p. 154.

54 K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 26.

55 *Juridische contra-analyse van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten, uitgevoerd in opdracht van de Federatie Medisch Specialisten*, Utrecht/Rotterdam: Van Benthem & Keulen en Houthoff 2021, p. 28.

56 K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 26-27.

57 *Zorgkeuzes in kaart 2020 Analyse van beleidsopties van politieke partijen voor de zorg*, Den Haag: CPB, Ministerie van VWS en Ministerie van Financiën 2020, p. 154.

58 K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 27.

om lagere zorgafspraken met zorgverzekeraars te maken.[59] Volgens VBK en Houthoff zijn het daarnaast in de eerste plaats de zorgverzekeraars die - vanwege hun zorgplicht jegens hun verzekerden - een regierol hebben voor het beheersen van volumes en het creëren van financiële prikkels.[60]

Personeelskosten

4.6.20 In het rapport 'Zorgkeuzes in kaart 2020' van het Centraal Planbureau wordt de besparing in personeelskosten op € 240 miljoen begroot.[61] De besparing van personeelskosten die door middel van de maatregel voor de verplichte loondienst en van de maatregel van het onder de WNT brengen gerealiseerd zou kunnen worden is afhankelijk van verschillende factoren. Variabelen die invloed hebben op de te verwachten besparing op personeelskosten zijn: 1) de hoogte van de kosten van vrijgevestigde medisch specialisten; 2) de cumulatieve loonsom die ontstaat na indiensttreding, en; 3) het wettelijke beloningsmaximum dat wordt gehanteerd indien de WNT van toepassing is.[62]

4.6.21 In het VBK/Houthoff-rapport wordt de mogelijke kostenbesparing op personeelskosten in twijfel getrokken. Betoogd wordt dat de 'honorarium productieprikkel' reeds sinds 2012 met de invoering van de honorariumplafonds vergaand werd teruggedrongen. Daardoor zouden de inkomens van de vrijgevestigde medisch specialisten zijn teruggebracht naar een niveau dat vergelijkbaar is met dat van medisch specialisten in loondienst.

Tussenconclusie ten aanzien van het effect op de macrokosten

4.6.22 Ook voor de beoogde kostenbesparing, het tweede doel van de maatregel, is van belang dat er een reële verwachting bestaat dat de maatregel ook daadwerkelijk geschikt is om die kostenbesparing te verwezenlijken. Ook hiervoor geldt dat wij de onderbouwing van die reële verwachting in de door ons bestudeerde rapporten nog niet hebben gevonden. Het CPB signaleerde in 2015 al dat er grote onzekerheden bestaan ten aanzien van de volumedaling en de daarmee gepaard gaande besparing van € 100 miljoen.[63] Deze onzekerheden lijken in 2021 nog niet weg te zijn genomen. De voorhanden zijnde onderzoeken en rapporten leveren daarmee nog niet de overtuigende onderbouwing van de bijdrage van de maatregel aan de macrokostenbeheersing, die naar onze inschatting nodig is om de maatregel te rechtvaardigen.

---

59 K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 27.

60 *Juridische contra-analyse van een verplicht dienstverband voor medisch specialisten, uitgevoerd in opdracht van de Federatie Medisch Specialisten*, Utrecht/Rotterdam: Van Benthem & Keulen en Houthoff 2021, p. 28.

61 *Zorgkeuzes in kaart 2020 Analyse van beleidsopties van politieke partijen voor de zorg*, Den Haag: CPB, Ministerie van VWS en Ministerie van Financiën 2020, p. 154.

62 K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 28.

63 *Zorgkeuzes in kaart Technische uitwerking van alle afzonderlijke beleidsopties*, Den Haag: CPB 2015, p. 20.

Aandachtspunt: inventarisatie alternatieven

4.6.23 Uit de jurisprudentie van het EHRM volgt dat, voor de vraag of een inmenging gerechtvaardigd is, ook van belang is of er alternatieve maatregelen mogelijk zijn, die minder ingrijpend zijn en (in gelijke mate) aan hetzelfde doel bijdragen.

4.6.24 In de verschillende bronnen die voorhanden zijn, worden verschillende maatregelen geopperd die ook gelijkgerichtheid en (daarmee) kostenbesparing zouden bevorderen.[64] Genoemd worden bijvoorbeeld:

- Opnemen van een derdenbeding ten behoeve van het ziekenhuis in ledenovereenkomsten tussen MSB's en MSB-leden;
- Financiële afspraken tussen zorgverzekeraars, ziekenhuizen en MSB's (bijvoorbeeld afspraken op basis van (een meerjarige[65]) aanneemsom of een omzetplafond), waarbij de verdeelmodellen aansluiten bij de gezamenlijke strategie;
- Herinrichting van bestuursmodellen, waarbij het bestuur van het ziekenhuis en het MSB-bestuur in gezamenlijkheid de ziekenhuisorganisatie besturen (dit gebeurt bijvoorbeeld bij het Zuyderland Medisch Centrum);
- Betere samenwerking met eerstelijns zorg, al dan niet verplicht door middel van een verdere aanpassing van het declaratierecht.[66]
- (Andere) aanpassingen in de bekostiging van zorg die de gelijkgerichtheid kunnen bevorderen of de productieprikkel doen afnemen.

4.6.25 Het voert te ver om in het kader van dit advies te onderzoeken in hoeverre deze alternatieve maatregelen de gelijkgerichtheid en kostenbeheersing daadwerkelijk bevorderen en of zij daaraan meer of minder bijdragen dan de (indirect) verplichte loondienst. Wel is dit een aandachtspunt als daadwerkelijk besloten moet worden over de invoering van de maatregel. Dan moet de vraag gesteld (en beantwoord) worden of de maatregel daadwerkelijk nodig is, al dan niet in aanvulling op of samen met andere maatregelen, of dat er alternatieve maatregelen denkbaar die op zichzelf voldoende bijdragen aan de gestelde doelen en minder ingrijpen in fundamentele rechten.

4.6.26 De mogelijke omstandigheid dat het gestelde doel ook met een minder belastend middel zou kunnen worden bereikt, brengt overigens niet noodzakelijkerwijs mee dat de maatregel niet kan worden gerechtvaardigd. Wel vereist het EHRM in sommige gevallen dat gemotiveerd wordt waarom niet wordt gekozen voor een minder

---

64 Zie bijvoorbeeld het rapport BMH 2 ('Naar een toekomstbestendig zorgstelsel') en het rapport van het SiRM, *Aanbevelingen ter bevordering van gelijkgerichtheid*. *Gelijkgerichtheid binnen het thema Juiste Zorg op de Juiste Plek*, Utrecht: SiRM 2019.

65 Pilot in het Beatrixziekenhuis en Bernhoven. Zie *Evaluatie programma's Beatrixziekenhuis en Bernhoven,* CPB, IQ healthcare en NZa 2020.

66 *Naar een toekomstbestendig zorgstelsel, Brede maatschappelijke heroverweging*, Den Haag: Rijksoverheid 2020, p. 125, bijlage bij: *Kamerstukken II* 2019/20, 32 359, nr. 4.

ingrijpend middel. Daarvan is sprake als de keuze voor een bepaalde maatregel 'evident onredelijk' is in het licht van de voorhanden zijnde alternatieven:

> "The Court is, obviously, in agreement with the argument that the State Parties to the Convention are entitled to exercise control over the movement of goods into and out of the country with a view to, inter alia, securing income from relevant customs duties. However, the Court fails to be convinced by the argument that in the present case the only alternative available to the authorities would be, on the one hand, a "total lack of control" referred to by the Government, and, on the other hand, the measures taken in respect of the applicants. The Court stresses that these measures consisted in a complete withdrawal of the licences to run the company, which prevented it from continuing its operation. In this respect, the Court observes that no explanation has been provided as to why the form of control adopted in the case was the harshest one possible under domestic law, i.e. the withdrawal of the licence. The Court further notes that the July 1995 permit was revoked in November 1995, barely five months after it had been granted.
> 57. Importantly, the Court notes that in the present case no case-specific circumstances were adduced to justify the control measures adopted by the authorities in respect of the first applicant and his company. In particular, no argument has been presented to show the proportionality of these measures to the aim ostensibly sought by the authorities."[67] (onderstreping toegevoegd)

4.6.27 Als de Staat zou willen overgaan tot de maatregel van (indirect) verplichte loondienst, zullen alternatieve maatregelen onderzocht moeten worden en zal tot op zekere hoogte onderbouwd moeten (kunnen) worden waarom de Staat, binnen de hem toekomende (ruime) beoordelingsruimte, kiest voor het ingrijpende middel van (indirect) verplichte loondienst en dat niet gekozen wordt voor alternatieve maatregelen die op zichzelf voldoende zijn. De Staat zal overigens vanzelfsprekend ook kunnen kiezen voor een combinatie van maatregelen. De totale impact daarvan zal dan wel duidelijk moeten zijn en evenzeer zal gemotiveerd moeten kunnen worden waarom een maatregel van (indirect) verplichte loondienst onderdeel uitmaakt van het pakket aan maatregelen. Hoewel het hof niet standaard verlangt dat staten motiveren waarom zij voor het meer belastende alternatief hebben gekozen, geldt dit in elk geval wel als de keuze voor een bepaald middel evident onredelijk is niet duidelijk kan worden gemaakt dat de keuze voor een zeer belastend alternatief noodzakelijk is in het algemeen belang.

4.6.28 Daarbij merken wij op dat de minister in 2017 in reactie op Kamervragen nog heeft aangegeven dat zij niet beschikte over gegevens op basis waarvan zij met stelligheid kon concluderen dat een dienstverband lagere kosten met zich meebrengt of mee zou brengen. Zij gaf aan dat ziekenhuizen en medisch specialisten samen moeten overwegen welk besturingsmodel zij willen hanteren.[68] Dit betekent niet dat op enig

[67] EHRM 28 juli 2005, 51728/99 (*Rosenzweig and bonded warehouses ltd/Polen*)
[68] *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, nr. 1163.

moment niet van die lijn zou kunnen worden afgeweken. Wel zou dat een dergelijke beleidswijziging (zoals hiervoor toegelicht) een toereikende onderbouwing vereisen.

Is de maatregel noodzakelijk?

4.6.29 Zoals wij hiervoor hebben toegelicht zal, alvorens de maatregel kan worden ingevoerd, onderbouwd moeten kunnen worden dat er een reële verwachting bestaat dat de maatregel (substantieel) bijdraagt aan de daarmee beoogde doelen. Zoals wij aangaven hebben wij die onderbouwing in de ons bekende rapporten nog niet aangetroffen. Als evenwel op enig moment, bijvoorbeeld op basis van de resultaten van nieuwe onderzoeken, wel overtuigend kan worden onderbouwd dat de maatregel substantieel bijdraagt aan de gelijkgerichtheid en kostenbeheersing, is ten aanzien van de noodzakelijkheid van de maatregel het volgende van belang.

4.6.30 Sinds 2015 is de Subsidieregeling overgang integrale tarieven in de MSZ van kracht. Daarin wordt medisch specialisten de mogelijkheid geboden om € 100.000 subsidie uitgekeerd te krijgen, als zij vrijwillig in loondienst treden van een instelling. Uit de evaluatie van deze subsidieregeling blijkt dat van deze regeling slechts zeer beperkt gebruik is gemaakt.[69] Als dus goed kan worden onderbouwd dat het voor de gelijkgerichtheid en kostenbeheersing nodig is dat medisch specialisten in loondienst gaan, kan op basis van deze ervaring gesteld worden dat daarvoor een zekere (indirecte) plicht nodig is nu er weinig animo is deze stap vrijwillig te zetten. Dit zou de noodzaak van de maatregel onderstrepen.

Tussenconclusie geschiktheid en noodzakelijkheid

4.6.31 Alvorens overgegaan wordt tot het invoeren van de (ingrijpende) maatregel van verplichte loondienst, zal overtuigend betoogd moeten kunnen worden dat er een reële verwachting bestaat dat de maatregel een (substantiële) bijdrage levert aan de gelijkgerichtheid en kostenbeheersing in de zorg. Zoals wij hebben uiteengezet, is de overtuigende onderbouwing van de geschiktheid van de maatregel met de hier besproken rapporten nog niet voorhanden. Naast de geschiktheid van de maatregel, zal ook geïnventariseerd moeten worden of er alternatieve, minder ingrijpende maatregelen denkbaar zijn die ook geschikt zijn om gelijkgerichtheid en kostenbeheersing (substantieel) te bevorderen. Als resultaten van onderzoeken en analyses daartoe aanleiding geven, kan de Staat vervolgens op grond daarvan goed onderbouwen waarom (binnen de hem toekomende beoordelingsruimte) is overgegaan tot invoering van de maatregel (en niet gekozen is voor alternatieve maatregelen).

4.6.32 Als op enig moment de effectiviteit van de maatregel goed kan worden onderbouwd, valt naar onze inschatting ook te betogen dat invoering van de maatregel voldoet aan het vereiste van noodzakelijkheid. Daarbij speelt een rol dat uit de evaluatie van de

[69] M. Cozijnsen, J.P. Heida en S. Lucieer, *Evaluatie subsidieregeling overgang integrale tarieven MSZ* (in opdracht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport), Utrecht: SiRM 2019.

Subsidieregeling overgang integrale tarieven blijkt dat medisch specialisten niet snel vrijwillig de overstap maken naar loondienst.

4.7 *Vraag 6. Hoe robuust vindt u de onderbouwing van de stelling dat de maatregel voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit?*

4.7.1 In het juridisch kader is reeds toegelicht dat inmenging in een eigendomsrecht gerechtvaardigd is als er een *fair balance* bestaat tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds. Er moet een redelijke mate van evenredigheid bestaan tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee nagestreefd wordt.[70] Dat is niet het geval als sprake is van een individuele en buitensporige last voor personen die door de maatregel worden geraakt. Het moet daarbij gaan om een individuele en buitensporige last voor wat betreft de schade van de voor de toepassing van artikel 1 EP in aanmerking te nemen waarde van eigendom. Om te bepalen of daarvan sprake is, moet een volledige belangenafweging worden gemaakt, zowel op het niveau van de regeling, als op individueel niveau.

4.7.2 Bij het beoordelen van de vraag of de maatregel voldoet aan de eisen van proportionaliteit en subsidiariteit is dus van belang hoe de maatregel precies zou worden vormgegeven en welke gevolgen de maatregel zou hebben. In de uitwerking van het juridisch kader, zoals opgenomen in de bijlage bij dit advies, wordt – in het kader van de *fair balance*-toets – een aantal gezichtspunten opgesomd die van invloed zijn op de beantwoording van de vraag of van een *fair balance* sprake is. In het navolgende zullen we bij de verschillende gezichtspunten stilstaan.

Noodzakelijkheid en geschiktheid

4.7.3 De noodzakelijkheid en geschiktheid van de maatregel en de mogelijke alternatieve, minder ingrijpende maatregelen (hiervoor besproken bij de beantwoording van vraag 5), worden betrokken bij de beoordeling van de *fair balance*. Als discutabel is of de maatregel geschikt is voor het gestelde doel, of als er minder ingrijpende alternatieven voorhanden zijn die hetzelfde doel bereiken, leidt dat eerder tot de conclusie dat geen sprake is van een *fair balance* tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee nagestreefd wordt. Wij gaven aan het begin van dit advies al aan dat hier nader onderzoek naar dient plaats te vinden.

Tijdig, correct en consistent handelen[71]

4.7.4 Bij het vormgeven van de maatregel en de invoering en implementatie daarvan, moet de Staat tijdig, correct en consistent handelen. Dat betekent onder meer dat de maatregel tijdig en op de juiste wijze moet worden aangekondigd en bekendgemaakt,

[70] EHRM 5 januari 2000, 33202/96, para. 114 (*Beyeler/Italië*).
[71] EHRM 9 januari 2007, 34478/97, para. 46 (*Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Turkije*); EHRM 22 februari 2005, 47148/99, para. 102 (*Novoseletskiy/Ukraine*).

zodat de verschillende stakeholders zich kunnen voorbereiden op de invoering daarvan. De informatievoorziening vanuit de Staat ten aanzien van de maatregel moet correct en duidelijk zijn. Ook moet er een consistent beleid gevoerd worden; voorkomen moet worden dat vlak voor of na invoering van de maatregel, andere maatregelen worden genomen die afbreuk kunnen doen aan de doelstelling die met de maatregel wordt nagestreefd.

4.7.5 Als de Staat dit goed doet, kan dit bijdragen aan het oordeel dat sprake is van een *fair balance*.

Aan gediend algemeen belang wordt in redelijkheid zwaar gewicht toegekend[72]

4.7.6 De Staat zal tot op zekere hoogte moeten (kunnen) onderbouwen dat het bevorderen van de gelijkgerichtheid in de zorg leidt tot meer 'passende zorg' en dat daarmee de volksgezondheid gediend wordt. Hetzelfde geldt voor het beperken van de macrokosten van de zorg. Uit een studie van het RIVM waaruit blijkt dat de zorguitgaven (naar verwachting) tot 2060 zullen blijven stijgen en gemiddeld met 2,8 procent per jaar zullen toenemen. Toegelicht moet (kunnen) worden dat het beperken van de macrokosten bijdraagt aan het betaalbaar houden van de zorg.

4.7.7 Zoals reeds aangegeven bij de beantwoording van vraag 4, verwachten wij op zichzelf dat de Staat in redelijkheid zwaar gewicht toekent aan het algemeen belang dat met de maatregel wordt gediend (gelijkgerichtheid en kostenbeheersing in de zorg).

Voorzienbaarheid

4.7.8 In het kader van de *fair balance*-toets wordt ook in de afweging betrokken of de maatregel voorzienbaar is in de uitoefening. Een maatregel wordt eerder voorzienbaar geacht wanneer de betrokkene een professionele ondernemer is.[73] Daarvan is in het onderhavige geval sprake; medisch specialisten zijn professionele ondernemers die doorgaans goed op de hoogte zijn van de regelgeving die hun beroepsgroep raakt, onder meer dankzij een goed georganiseerde beroepsorganisatie.

4.7.9 Ook het feit dat de maatregel een bedrijfstak raakt die al lange tijd sterk wordt gereguleerd wordt bij de beoordeling van de *fair balance* meegewogen.[74]

> "In the determination of the proportionality of the interference in cases concerning loss of clientele and the exercise of a profession, the Court has considered, inter alia, (i) the existence of regulations applicable to the applicant's business, (ii) the nature of such regulations (for example, if the industry was such that, in view of the dangers inherent to it, it was traditionally subject to restrictions) and (iii) whether transitional measures

[72] CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.7.4.
[73] CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.7.5.1.
[74] CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.7.5.2.

> existed (for example, at least partial continuation of the activity was possible for some time) (see Oklešen and Pokopališko Pogrebne Storitve Leopold Oklešen S.P., cited above; see also, a contrario, Tipp 24 AG, cited above, § 34)."[75]

4.7.10 In dat verband is voor het onderhavige advies relevant dat in het Nederlandse zorgsysteem sprake is van gereguleerde marktwerking. Voor medisch specialisten blijkt dit onder meer uit het feit dat sinds 2015 het hun declaratierecht ingrijpend is gewijzigd. Vrijgevestigde medisch specialisten hebben sinds 1 januari 2015 geen declaratierecht meer jegens patiënten of ziektekostenverzekeraars voor zorg die zij niet als solist hebben verricht (integrale bekostiging). Medisch specialisten opereren dus ook nu reeds in een bedrijfstak die aan regulering onderhevig is. Dit draagt bij aan de conclusie (in het kader van de *fair balance*-toets) dat voor hen voorzienbaar kon zijn dat de bestaande regels op enig moment (verder) zouden veranderen en/of worden geïntensiveerd.

Eerder gewekte verwachtingen[76]

4.7.11 Ons is niet gebleken van harde toezeggingen die door de minister zijn gedaan in de richting van medisch specialisten met de strekking dat niet zal worden overgegaan tot (indirect) verplichte loondienst. Uit het regeerakkoord van het huidige kabinet Rutte III blijkt dat in deze kabinetsperiode geen verplichte loondienst voor medisch specialisten zal worden ingevoerd.[77] Dit voornemen is dus in tijd beperkt tot de huidige kabinetsperiode. In zoverre is van gewekte verwachtingen geen sprake.

4.7.12 Wel heeft de minister verschillende keren in Kamerbrieven benadrukt dat gelijkgerichtheid op verschillende manieren kan worden bevorderd en ziekenhuizen en medisch specialisten opgeroepen om zich te blijven inzetten om verdere stappen te zetten op dit gebied, onder meer door ervaringen met elkaar te delen.[78] Hoe de doelstelling van gelijkgerichtheid bereikt wordt, heeft de minister in grote mate overgelaten aan de sector zelf. Daarbij heeft de minister in 2017 aangegeven dat geen voorkeur bestond voor ofwel het participatiemodel ofwel het loondienst-model. De minister schreef in 2017 in reactie op Kamervragen:

> "Ik heb echter geen voorkeur voor één van deze modellen, noch gegevens op basis waarvan ik met stelligheid kan concluderen dat een dienstverband lagere kosten met zich meebrengt of mee zou brengen. De Technische Werkgroep Zorgkeuzes in Kaart concludeert dat er grote onzekerheid bestaat over het structurele besparingspotentieel van verplicht dienstverband. Het is aan ziekenhuizen en medisch specialisten samen om te overwegen welk besturingsmodel zij willen hanteren."[79]

---

75 EHRM 16 oktober 2018, 21623/13, para. 49 (*Könyv-Tàr Kft e a /Hungary*).
76 EHRM 19 oktober 2000, 31227/96, para. 32 (*Ambruosi/Italië)*
77 Vertrouwen in de toekomst, Regeerakkoord 2017-2021, p. 14.
78 Kamerstukken II 2020/21, 29 248, nr. 325.
79 *Aanhangsel Handelingen II* 2016/17, nr. 1163.

4.7.13 Mochten toekomstige onderzoeken uitwijzen dat loondienst de gelijkgerichtheid en/of kostenbeheersing wel substantieel bevordert (ook ten opzichte van andere maatregelen), dan zullen de gedane mededelingen de beoordeling van de *fair balance* naar onze inschatting niet substantieel negatief beïnvloeden.

'Veiligheidsventiel' of hardheidsclausule[80]

4.7.14 Zoals wij in de inleiding reeds aangaven is het goed mogelijk dat de maatregel voor bepaalde categorieën medisch specialisten (substantieel) nadeliger uitpakt dan voor anderen. Voorkomen moet worden dat de maatregel voor sommige medisch specialisten leidt tot een individuele en buitensporige last. Daarvan is sprake als de betrokkene door de maatregel onevenredig wordt geraakt in vergelijking met anderen op wie de maatregel ook van toepassing is. Het moet hierbij zoals gezegd wel gaan om schade aan de voor de toepassing van artikel 1 EP in aanmerking te nemen waarde van eigendom.

> In dit advies hebben wij gezien de aan ons gestelde vragen enkel onderzocht of de bij de voorgenomen maatregel in aanmerking te nemen goodwill onder artikel 1 EP valt. Dit laat onverlet dat er mogelijk in het kader van deze maatregel nog andere 'possesions' zijn die onder de reikwijdte van artikel 1 EP vallen. Hier ziet ons advies niet op.

4.7.15 Het verdient aanbeveling om bij het vormgeven van de regeling, als de maatregel inderdaad zou worden ingevoerd, te inventariseren voor welke categorieën medisch specialisten dit zou kunnen gelden en in de regeling een 'veiligheidsventiel' of hardheidsclausule op te nemen die daarop inspeelt, bijvoorbeeld door voor die categorieën compensatie te bieden.[81] Deze compensatie hoeft op grond van artikel 1 EP niet te leiden tot een hogere compensatie dan het verlies aan de voor de toepassing van deze bepaling in aanmerking te nemen waarde van eigendom.

Overgangstermijn

4.7.16 Een ingrijpende maatregel als hier aan de orde, zal gepaard moeten gaan met een voldoende ruime overgangstermijn. Uit jurisprudentie van zowel het EHRM als de Hoge Raad[82] volgt dat als sprake is van een overgangsperiode die de getroffen eigenaar in staat stelt zijn schade te beperken, dit bijdraagt aan het oordeel dat een redelijk evenwicht is getroffen. Hoe lang de overgangstermijn moet zijn, hangt af van verschillende factoren. De jurisprudentie van het EHRM is behoorlijk casuïstisch, maar bij ingrijpende maatregelen die enigszins vergelijkbaar zijn met de onderhavige

---

80 EHRM 30 april 2013, 37265/10, para. 59 (*Lohuis/Nederland)*; Rb. Den Haag 15 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6377, r.o. 4.98 t/m 4.100.

81 Zie in dat verband ook K. Meersma, B. Roozendaal en J. Rijken, *Juridisch onderzoek naar de overstap van vrijgevestigde medisch specialisten naar loondienst* (in opdracht van de Tweede Kamer), Rotterdam: AKD 2021, p. 48.

82 HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888.

maatregel, vereist een *fair balance* gelet op jurisprudentie van het EHRM een overgangsperiode van (ten minste) enkele jaren.

Conclusie proportionaliteit/fair balance

4.7.17 Hiervoor is toegelicht dat bij het beantwoorden van de vraag of sprake is van een *fair balance* verschillende gezichtspunten een rol spelen. De jurisprudentie van het EHRM (en ook van lagere nationale rechters) ten aanzien van deze vraag is erg casuïstisch.[83] Wel staat vast dat aan staten, ook bij de *fair balance*-toets een *'wide margin of appreciation'* toekomt.

4.7.18 In de beantwoording van vraag 6 hebben wij de verschillende gezichtspunten besproken die van invloed zijn op de vraag of sprake van een *fair balance*. Wij hebben daarbij aangegeven welke aandachtspunten van belang zijn als overgegaan zou worden tot invoering van de maatregel. Nu op dit moment nog geen sprake is van een concrete uitwerking van de maatregel zijn er ten aanzien van verschillende gezichtspunten te veel onzekerheden om hierover conclusies te trekken. Daarvoor is immers (bijvoorbeeld) relevant wat de overgangstermijn zal zijn, of er een compensatieregeling komt, of de geschiktheid van de maatregel kan worden aangetoond, etc.

4.8 *Vraag 7. Bestaat er een risico dat de Staat aan een medisch specialist op grond van het egalitébeginsel aanvullende financiële compensatie moet betalen?*

4.8.1 Uw laatste vraag met betrekking tot artikel 1 EP ziet op het égalitébeginsel. Naast de hierboven weergegeven hoofdvraag, stelde u een aantal subvragen in dit verband. U vroeg of, bij beantwoording van de vraag of compensatie geboden moet worden, ook eventueel inkomensverlies en geringere pensioenopbouw daarbij een rol spelen. Voorts vroeg u welke aanvullende voor de medisch specialisten schadebeperkende maatregelen de Staat zou kunnen treffen om het moeten betalen van aanvullende financiële compensatie op grond van het egalitébeginsel zo veel mogelijk te voorkomen. In het navolgende gaan wij op deze vragen in.

4.8.2 Zoals hierboven bij de beantwoording van vraag 6 is toegelicht, is één van de aspecten die aan de orde komt in het kader van de *fair balance*-toets, de omstandigheid of bij het invoeren van de maatregel ook een compensatieregeling wordt getroffen en zo ja, hoe die er precies uitziet. Een compensatieregeling kan onderdeel uitmaken van de te treffen maatregel en moet voorkomen dat de maatregel leidt tot een individuele en buitensporige last (zie randnummer 4.7.1).

---

83 M.K.G. Tjepkema, *Nadeelcompensatie op basis van het égalitébeginsel: een onderzoek naar nationaal, Frans en Europees recht (*doctoral thesis), Deventer: Kluwer 2010, p. 638 e.v.

4.8.3 Het égalitébeginsel speelt als zodanig in het kader van artikel 1 EP geen rol. Dat laat onverlet dat, bij het ontwerpen van een eventuele compensatieregeling in vorenbedoelde zin, de uitgangspunten zoals die gelden in het nadeelcompensatierecht een rol zouden kunnen spelen.

4.8.4 In het licht van de door u aan ons gestelde vraag is van belang naar voren te brengen dat medisch specialisten in beginsel niet kunnen verzoeken om nadeelcompensatie, behoudens wanneer de wet (in formele zin) waarin de maatregel zal worden neergelegd daar expliciet een mogelijkheid voor biedt. Is dat niet het geval, dan staat het verbod op toetsing van formele wetten aan algemene rechtsbeginselen aan (het toekennen van) een verzoek om nadeelcompensatie in de weg.

4.8.5 Indien sprake is van regulering van eigendom, dient de wetgever in de toelichting op de regeling in te gaan op de betrokken belangen. Uit de toelichting moet blijken dat de wetgever de verschillende belangen onder ogen heeft gezien en heeft meegewogen bij het opstellen van de regeling. Op basis van de weging van de verschillende belangen en omstandigheden, moet tot een conclusie worden gekomen of aanvullende compensatie moet worden geboden. De rechter zal vervolgens bij de beoordeling van de *fair balance* dit soort aspecten meewegen.

4.8.6 In algemene zin geldt dat hoe ingrijpender de inbreuk is, des te sneller een schending van artikel 1 EP wordt aangenomen als er geen financiële compensatie wordt geboden. Zoals wij al aangaven betreft de maatregel naar onze inschatting geen de facto ontneming, maar regulering van eigendom. Daarbij hoeft – indien een algemeen belang is gediend met deze regulering – in beginsel geen schade vergoed te worden, behoudens voor zover sprake is van een 'individual and excessive burden'.[84] Als de maatregel zo wordt vormgegeven dat een compensatieregeling daarvan deel uitmaakt, kunnen medisch specialisten daarop een beroep doen en om compensatie verzoeken.

4.8.7 In hoeverre zij aanspraak kunnen maken op compensatie en hoe hoog de compensatie zou moeten zijn, is afhankelijk van de precieze invulling van de maatregel en de daarbij behorende compensatieregeling. Relevant is bijvoorbeeld (maar zeker niet uitsluitend) wat de overgangstermijn zal zijn, of er groepen medisch specialisten in het bijzonder worden geraakt, of er sprake is van flankerend beleid dat het nadeel deels mitigeert, etc. De relevante vraag is dan steeds of de maatregel, in het individuele geval, leidt tot een individuele en buitensporige last als daarvoor geen compensatie wordt geboden. Inkomensverlies of een geringere pensioenopbouw kunnen inderdaad in het concrete geval een rol spelen bij het beantwoorden van die vraag, voorzover dit kwalificeert als een possesion in de zin van artikel 1 EP.

4.8.8 In ons antwoord op vraag 6 zijn wij ingegaan op de verschillende 'knoppen' waaraan de Staat kan 'draaien' om te bewerkstelligen dat een *fair balance* ontstaat. Het bieden van compensatie is één van die knoppen; of dat nodig is en hoe hoog de compensatie

[84] Zie bijv. EHRM 21 februari 1986, 8793/79, para. 50 (*James e a /Verenigd Koninkrijk*).

dan moet zijn, hangt mede af van de vraag in hoeverre met de andere 'knoppen' (zoals bijvoorbeeld de geschiktheid, de voorzienbaarheid, de overgangstermijn, etc.) reeds een *fair balance* in beeld komt. De vraag of aan 'een medisch specialist' compensatie betaald zou moeten worden, is in dit stadium, gelet op het voorgaande, niet in algemene zin te beantwoorden.

4.8.9 Van belang is wel dat overheden door het EHRM veel vrijheid wordt gelaten bij het vormgeven van de compensatieregeling. Een keuze om in bepaalde gevallen wel en in andere gevallen niet te compenseren wordt al snel rechtmatig geacht, als die keuze tenminste goed kan worden gemotiveerd. Het is wat ons betreft goed voorstelbaar dat bij het vormgeven van een eventuele compensatieregeling de uitgangspunten die in nationale procedures nadeelcompensatierecht een rol spelen, worden gebruikt.

5 Wet normering topinkomens

5.1 Behalve op het invoeren van een (indirecte) verplichte loondienst, heeft dit advies ook betrekking op de gedachte om alle medisch specialisten onder reikwijdte van de Wet normering topinkomens te brengen. Daarmee zou het inkomen van medisch specialiten kunnen worden gelimiteerd. Op dit moment is de maximum bezoldiging die iemand die onder de werking van de WNT valt kan verdienen €209.000 bruto.

5.2 De Regeling bezoldigingsmaxima topfunctionarissen zorg en jeugdhulp, die op topfunctionarissen in de relevante sector van toepassing is, kent daaronder nog vier categorieën waarvan de laagste een een bezoldiging van €116.000 bruto kent.

5.3 Dat betekent direct dat bij het onder de WNT brengen van medisch specialisten de vraag beantwoord zal moeten worden in welke van de desbetreffende categorieen zij dan worden ingedeeld en welk bezoldigingsmaximum aldus wordt bepaald, op basis van welke criteria.

5.4 De indelingscriteria die gelden voor de bestuurders zijn gebaseerd op kenmerken van de zorginstelling. Dit betreft kennisintensiteit, aantallen taken, aantal relevante financieringsbronnen en omzet. Die zijn niet logischerwijs maatgevend voor de zwaarte van het werk van de in die instelling werkzame specialisten. Indien wordt gekozen voor een indeling van medisch specialisten in verschillende bezoldigingsklassen of een voor een lager generiek maximum dan € 209.000 bruto, zullen de gevolgen van het onder de WNT brengen ingrijpender zijn dan wanneer het algemene wettelijke maximum wordt aangehouden.

Wet normering topinkomens, achtergronden

5.5 Op 1 januari 2013 is de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector (hierna: 'WNT I')[85] in werking getreden. Doel van de wet was om

[85] Met ingang van 1 juli 2017 is de wet getiteld: Wet normering topinkomens.

de bezoldiging van topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector te normeren en te maximeren. De wetgever legde daaraan ten grondslag dat organisaties die een publieke taak hebben en die bekostigd worden met publiek geld, hun bestuurders ordentelijk behoren te betalen. Ordentelijk in deze zin werd gezien als: evenwichtig, maatschappelijk verantwoord en niet exorbitant.[86] De wetgever vond het niet nodig om de WNT op andere werknemers dan topfunctionarissen toe te passen omdat het niet ongebruikelijk en in bepaalde omstandigheden ook wenselijk is dat een functionaris, niet zijnde een hoogst leidinggevende, een beloning ontvangt die uitstijgt boven dat van de hoogst leidinggevende of bestuurder, omdat hij of zij specialistische kennis, buitengewoon talent of (internationale) marktwaarde heeft.[87] De maximumbezoldiging werd aanvankelijk bepaald op 130% van de bezoldiging van een minister.

5.6 Bovendien werd door de wetgever tot uitgangspunt genomen dat loonvorming in beginsel een zaak is van de sociale partners en dat deze hierin ook voorrang dienen te krijgen.[88] De WNT toepassen op alle werknemers zou een onaanvaardbare inbreuk vormen op het overleg tussen sociale partners en het recht op collectief onderhandelen.[89] Ook ten aanzien van topfunctionarissen geldt dat loonvorming in beginsel een zaak is van de sociale partners, zij het dat in veel sectoren geen cao's ten aanzien van topfunctionarissen worden afgesloten maar de hoogte van de bezoldiging individueel wordt bepaald. WNT I bevat voor topfunctionarissen een uitzondering op deze uitgangspunten van de loonvorming binnen Nederland. Een rechtvaardiging voor dit ingrijpen van de overheid in de hoogte van de bezoldiging is gelegen in het belang om te komen tot maatschappelijk aanvaardbare bezoldiging in de publieke en semipublieke sector.[90] Medisch specialisten als vrije beroepsbeoefenaren zijn toen bewust buiten de werking van de wet gehouden. Zie daarvoor hierna randnummers 5.16 tot en met 5.22.

5.7 Op 1 januari 2015 trad de wet tot aanpassing van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector in verband met de verlaging van het wettelijke bezoldigingsmaximum van 130% naar 100% van de bezoldiging van een minister (hierna: 'WNT II') in werking. WNT II strekte er toe het wettelijke bezoldigingsmaximum op grond van de WNT voor topfunctionarissen te verlagen van 130% van de bezoldiging van een minister, naar 100% van de bezoldiging van een minister.[91] Met WNT II heeft de wetgever beoogd de bezoldiging van de topfunctionarissen in de publieke en semipublieke sector – in vergelijking met WNT I – over de gehele linie naar een maatschappelijk meer aanvaardbaar, evenwichtiger en meer verantwoord niveau te brengen en onwenselijke salarisontwikkelingen uit het verleden te corrigeren. Opnieuw werd van belang geacht dat verantwoord wordt

86 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 6-7.
87 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 7.
88 *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 1.
89 *Kamerstukken I* 2012/13, 32600, H, p. 5.
90 *Kamerstukken I* 2011/12, 32600, F, p. 16-17.
91 *Kamerstukken II* 2013/14, 33978, nr. 3, p. 1.

omgegaan met publieke middelen en wordt voorkomen dat met de uitoefening van publieke taken onevenredig hoge bezoldigingen worden verdiend.[92]

5.8 In 2017 is een wetsvoorstel tot wijziging van de Wet normering topinkomens in verband met de uitbreiding van de reikwijdte naar werknemers (hierna: 'WNT III') aan de Afdeling advisering van de Raad van State voorgelegd. WNT III, die nooit is ingevoerd, had als doelstelling om bovenmatige bezoldiging in de gehele (semi)publieke sector te voorkomen en daarom ook de bezoldiging van (alle) werknemers in die sector te beperken op basis van de WNT.[93] Bij die gelegenheid is er desbewust voor gekozen medisch specialisten buiten de reikwijdte te houden. Zie daarover hierna ook randnummers 5.19 en verder. WNT III vormde, gelet op het feit dat deze op alle werknemers in de publieke sector van toepassing zou zijn, dus een verdergaande beperking van het recht op het vrij en collectief onderhandelen dan WNT I en II. De Afdeling advisering van de Raad van State vroeg zich dan ook af of dit niet te ver zou gaan.[94] De Afdeling advisering van de Raad van State kwam in zijn advies over WNT III tot de volgende conclusie:

> "Alles overwegend komt de Afdeling tot de conclusie dat het voorstel om de reikwijdte van de bezoldigingsvoorschriften uit te breiden tot alle werknemers in de publieke en semipublieke sector prematuur is. Daarvoor is beter inzicht in de effecten van de huidige WNT noodzakelijk, alsmede onderzoek naar de mogelijke effecten van de voorgestelde uitbreiding. Uit de verrichte inventarisatie trekt de Afdeling bovendien de conclusie dat het nut en de noodzaak van het voorstel niet zijn aangetoond. Deze conclusie leidt er bovendien toe dat een rechtvaardiging ontbreekt voor de beperking die het voorstel meebrengt op het in verschillende internationale verdragen neergelegde recht op vrij en collectief onderhandelen."[95]

5.9 Het advies van de Afdeling advisering van de Raad van State was aldus op meerdere gronden negatief. Het advies was het voorstel niet aan de Tweede Kamer te zenden en dat was mede redengevend voor het afzien van het indienen van dit wetsvoorstel. Bovendien gold dat het indienen van het wetsvoorstel WNT III niet (meer) paste bij de doelstellingen van het op dat moment geldende regeerakkoord[96]. Daarin was opgenomen:

> "Daarnaast is het voor het functioneren van de overheid goed dat deze op belangrijke terreinen voldoende expertise in huis heeft. Het beloningsniveau bij de overheid moet zodanig zijn dat ook hoogwaardige en schaarse specialisten, bijvoorbeeld met expertise op gebied van ICT, financiën of inkoop, in dienst kunnen worden genomen."[97] [98]

---

92 *Kamerstukken II* 2013/14, 33978, nr. 3, p. 2.
93 *Kamerstukken II* 2017/18, 34818, nr. 3, p. 1.
94 *Stcrt* 2017, 65867.
95 *Stcrt* 2017, 65867, p. 6.
96 *Vertrouwen in de toekomst*, Regeerakkoord 2017-2021.
97 *Vertrouwen in de toekomst*, Regeerakkoord 2017-2021, p. 7.
98 Kamerstukken II 2017/18, 30111, nr. 104, p. 1: "In verband met de afspraak in het regeerakkoord dat het beloningsniveau bij de overheid zodanig moet zijn dat ook hoogwaardige en schaarse specialisten,

5.10 Er is een Cao voor medisch specialisten, de Arbeidsvoorwaardenregeling Medisch Specialisten (AMS), die onderdeel is van de Cao Ziekenhuizen. Daarin is een maximaal maandsalaris van € 12.572 bruto vastgelegd. Specialisten in academische ziekenhuizen vallen onder de Cao universitair medische centra (Cao umc). Het maximum maandsalaris in die Cao bedraagt € 15.117 bruto. Ter vergelijking: het bruto maandsalaris van een minister bedraagt € 12.332,08. De salaristabellen zijn uitgebreid en wij hebben geen inzicht in het aantal medisch specialisten in loondienst dat boven de WNT norm verdient. In artikel 1.1 lid 3 van de Arbeidsvoorwaardenregeling Medisch Specialisten 2021 is opgenomen: "In overleg tussen bestuur en medisch specialist kan ten gunste van de medisch specialist worden afgeweken van de AMS." Het gaat hier dus om een minimum 'cao'/regeling. Het maximum is dus geen absoluut maximum.

5.11 De Federatie medisch specialisten heeft een factsheet uitgegeven met feiten & cijfers met betrekking tot medisch specialisten.[99] Daarin is opgenomen dat in algemene ziekenhuizen 35% van de medisch specialisten in dienstverband werkt; 65% is vrij beroepsbeoefenaar. In umc's werken alle medisch specialisten in dienstverband. Verder is de gemiddelde bruto winst uit onderneming volgens deze cijfers, die volgens de factsheet ontleend zijn aan het CBS, per vrij beroepsbeoefenaar € 169.800 bruto en het gemiddelde bruto salaris van een medisch specialist in dienstverband € 158.900 bruto. Per jaar wordt er in Nederland € 86,8 miljard aan zorgkosten uitgegeven waarvan € 24,4 miljard aan medisch specialistische zorg.

WNT en eigendomsrecht

5.12 In paragraaf 4.2 zijn wij ingegaan op de vraag of de door medisch specialisten betaalde goodwill kwalificeert als eigendom in de zin van artikel 1 EP en of de maatregel aan artikel 1 EP voldoet. Ook in het kader van de WNT is het eigendomsrecht van artikel 1 EP relevant en werpt de nodige vragen op.

5.13 Bij de totstandkoming van de WNT heeft minister van Binnenlandse zaken en Koninkrijksrelaties advies gevraagd over de verenigbaarheid van onmiddellijke inwerkingtreding van een wettelijke regeling ter normering van topinkomens met artikel 1 EP. Het hierop gevolgde advies 'Advies rechtmatigheid onmiddellijke werking inkomensnormen (semi-)publieke sector in het licht van het eigendomsrecht van art. 1 Eerste Protocol bij het EVRM'[100] van de Universiteit Leiden luidde dat in elk geval zou moeten worden voorzien in een ruimhartige overgangsregeling. Deze keuze heeft de wetgever overgenomen onder aantekening dat deze de toets van artikel 1 EP

bijvoorbeeld met expertise op gebied van ICT, financiën of inkoop, in dienst kunnen worden genomen, mede in het licht van het kritische advies van de Afdeling, acht ik indiening van het wetsvoorstel niet opportuun."

99 https://www.demedischspecialist.nl/sites/default/files/feiten_en_cijfers_MSZ_factsheet.pdf

100 *Advies rechtmatigheid onmiddellijke werking inkomensnormen (semi-)publieke sector in het licht van het eigendomsrecht van art 1 Eerste Protocol bij het EVRM,* Leiden: Universiteit Leiden 2009.

waarschijnlijk kan doorstaan.[101] WNT I kent een overgangsperiode van vier jaar waarbinnen de bezoldiging op het niveau van voor de WNT I blijft en daarna volgt een afbouwperiode van drie jaar.

5.14 Bij de invoering van WNT II is door de wetgever opnieuw gekozen voor een overgangsregeling.[102] Hierbij verwees de wetgever opnieuw naar het advies van de Universiteit Leiden:

> "Uit onderzoek van de Universiteit Leiden uit 2009, uitgevoerd in opdracht van het Ministerie van Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties, komt naar voren dat het aannemelijk is dat voor bestaande gevallen sprake is van eigendom in de zin van het EVRM. Om de huidige WNT EVRM-bestendig te maken, adviseerden de onderzoekers om een ruimhartige overgangsregeling op te nemen voor deze bestaande gevallen. Met deze regeling zouden betrokkenen zich daadwerkelijk moeten kunnen instellen op de nieuwe financiële situatie en zo nodig ook tijd moeten hebben om een andere functie te zoeken waarvoor de inkomensgrenzen niet gelden. Daarbij kan het aldus de onderzoekers gaan om een overgangsregeling die voorziet in geleidelijke afbouw dan wel een overgangsperiode waarbinnen de bezoldiging nog op het overeengekomen niveau blijft. In de WNT is gekozen voor een combinatie van deze systematieken: eerst een overgangsperiode waarbinnen de bezoldiging op het overeengekomen niveau blijft en vervolgens een geleidelijke afbouw in drie jaar naar het bezoldigingsmaximum."[103]

5.15 De WNT is sinds de inwerkingtreding een aantal malen onderwerp van rechterlijke procedures geweest. Telkens is geoordeeld dat de inmenging in het eigendomsrecht door de WNT proportioneel is, mede vanwege het geldende overgangsrecht.[104]

WNT en medisch specialisten

5.16 Instellingen in de zorg- en welzijnssector, die voor het grootste gedeelte bekostigd wordt door middel van premiegeld en voor een klein deel uit belastingen, vallen onder de reikwijdte van WNT I.[105] Vrije beroepsbeoefenaren (hierbij valt te denken aan zelfstandigen zoals medisch specialisten, apothekers, huis- en tandartsen, fysiotherapeuten, etc.) zijn niet in loondienst. In de Memorie van Toelichting bij WNT I werd over hen opgemerkt:

> "De zorg- en welzijnssector wordt voor het grootste gedeelte bekostigd door middel van premiegeld en voor een klein deel uit belastingen. De uitvoering is (met uitzondering van de academische ziekenhuizen van openbare universiteiten) bij private instellingen belegd. De instellingen bepalen zelf de

[101] *Kamerstukken II* 2011/12, 32600, nr. 17, p. 4.
[102] Bij de invoering van de Evaluatiewet is ook opnieuw gekozen voor overgangsrecht op dezelfde gronden als bij WNT I en WNT II.
[103] *Kamerstukken II* 2013/14, 33978, nr. 3, p. 22-23.
[104] Rb. Den Haag 11 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8165; Rb. Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14465; Rb. Midden-Nederland 19 oktober 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5213. Hierbij dient wel te worden opgemerkt dat het hier uitsluitend om lagere rechtspraak gaat.
[105] *Kamerstukken II* 2010/11, 32600, nr. 3, p. 18-20.

> arbeidsvoorwaarden en de hoogte van de bezoldiging. Alle deelsectoren met uitzondering van Jeugdzorg worden grotendeels bekostigd uit private middelen. De jeugdzorg wordt indirect bekostigd door het Rijk, namelijk met een doeluitkering van het Rijk voor de decentrale overheden die de daadwerkelijke bekostiging van de instellingen voor jeugdzorg doen. Voor de vrije beroepsbeoefenaren geldt dat zij niet in loondienst zijn maar hun inkomen hebben als resultaat uit hun onderneming.
>
> De zorg- en welzijnssector valt qua zorgaanbieders onder te verdelen in de volgende deelsectoren;
> (….)
> e. Vrije beroepsbeoefenaren – Zelfstandigen (bijv. medisch specialisten, apothekers, huis- en tandartsen, fysiotherapeuten, etc.). Zij dekken hun exploitatiekosten uit de opbrengsten van de diensten die zij aan hun klanten verlenen.
> (…)
> Ad Vrije beroepsbeoefenaren
> De vrije beroepsbeoefenaren maken volgens het kabinet duidelijk onderdeel uit van de private sector door de aanwezigheid van commerciële concurrentie. Zij zijn ook niet in loondienst. Op de vrije beroepsbeoefenaren wordt onderhavig voorstel van wet dan ook niet van toepassing. De kostenbeheersing van de door deze groep geleverde diensten verloopt via regelgeving van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport.” [106]

5.17 In reactie op het wetsvoorstel WNT I zijn Kamervragen gesteld over de keuze om geen bezoldigingsmaximum in te voeren voor medisch specialisten en andere vrije beroepsbeoefenaren in de zorg. De minister beantwoordde deze vragen door te stellen dat WNT I is beperkt tot topfunctionarissen en vrije beroepsbeoefenaren geen deel uitmaken van die categorie.[107] Verder stelde de minister:

> “Om het stelsel niet alleen uitvoerbaar te houden, maar ook juridisch haalbaar, zijn andere functies dan die van topfunctionarissen buiten beschouwing gelaten. Ingrijpen in de inkomensvorming moet namelijk met terughoudendheid geschieden en kan niet verder gaan dan strikt noodzakelijk en proportioneel is. In het algemeen zullen bestuurders niet geneigd zijn medewerkers een hogere bezoldiging toe te kennen dan zijzelf ontvangen. Verdergaand overheidsoptreden kan daarmee achterwege blijven. Daar waar wel een hogere bezoldiging wordt toegekend, zoals bij medisch specialisten in loondienst, is sprake van een bezoldiging die zowel door de markt tot stand komt en in het FWG (functiewaardering gezondheidszorg) is vastgelegd.”[108]

5.18 Bij de Wijziging van de Wet normering bezoldiging topfunctionarissen publieke en semipublieke sector naar aanleiding van de wetsevaluatie (hierna ‘Evaluatiewet’), waarin onder meer de reikwijdte van het begrip topfunctionaris is uitgebreid, is de wetgever nogmaals ingegaan op de positie van de medisch specialisten. De wetgever heeft in de memorie van toelichting op de Evaluatiewet nadrukkelijk overwogen dat

[106] Kamerstukken II 2010/11, 32600, nr. 3, p. 18-20.
[107] Kamerstukken II 2010/11, 32600, nr. 8, p. 20-21.
[108] Kamerstukken II 2010/11, 32600, nr. 8, p. 20-21.

het wenselijk is om medische beroepsgroepen buiten het toepassingsbereik van de WNT te laten omdat, zo was gebleken uit het rapport 'Gezond belonen' van de commissie Meurs, normering geen effectief instrument zou zijn om de beloningen van medisch professionals te matigen.[109] Wel geeft de regering aan voornemens te zijn het buiten de reikwijdte van de WNT plaatsen van medisch specialisten te blijven evalueren.[110]

5.19 Bij de Evaluatiewet is ook artikel 1.5a WNT ingevoerd. Dat artikel ziet op de situatie dat een medisch specialist zowel als topfunctionaris (bestuurder) van een instelling, als als medisch specialist werkzaam is. Op grond van artikel 1.5a is de WNT niet van toepassing op het deel van de arbeidsduur dat een topfunctionaris (ook) als medisch specialist werkzaam is. Onder de definitie van medisch specialist vallen artsen, tandartsen, apothekers en diegenen die in een specialisme van deze beroepen werkzaam zijn.[111] De werkzaamheden van een topfunctionaris als medisch specialist zijn hiermee expliciet uitgesloten van de WNT. De reden om dit zo expliciet in de wet op te nemen, was de wens van de wetgever om de bestaande praktijk in de wet te verankeren. Die praktijk hield in dat ten aanzien van medisch specialisten die, naast hun functie als medisch specialist bij een zorginstelling, in deeltijd ook een bestuursfunctie (als topfunctionaris) bij die zorginstelling vervullen, gold dat alleen de bezoldiging die ziet op de functie als topfunctionaris wordt genormeerd.[112] Een splitsing in een deel van het functioneren dat moet worden bezoldigd conform de WNT en een deel waarbij dat niet hoeft, zoals opgenomen in artikel 1.5a WNT, is op andere terreinen niet toegestaan. Een meewerkend voorman bijvoorbeeld wordt voor zijn totale bezoldiging genormeerd en kan in zijn rechtspositie geen onderscheid maken tussen taken als topfunctionaris en andere taken. Dit volgde al uit de wet, maar is met de Evaluatiewet ook gecodificeerd door het toevoegen van een extra zin aan het vijfde lid van artikel 2.1 WNT, waarmee die splitsing expliciet is verboden.[113]

5.20 Ten slotte was in het wetsvoorstel WNT III (waarmee in beginsel alle werknemers van WNT-instellingen onder de WNT zouden komen te vallen) ook expliciet een bepaling opgenomen die medisch specialisten (en ook luchtverkeersleiders) buiten de reikwijdte van de WNT III liet vallen.[114] Deze groepen werden buiten het bereik van WNT III gehouden omdat de regering voor deze functies zou werken aan een aanvaardbaar, evenwichtig en verantwoord bezoldigingsniveau, alleen niet door middel van de WNT, maar als onderdeel van de algehele visie die de regering voor deze specifieke functies

[109] Kamerstukken II 2016/17, 34654, nr. 3, p. 13-14; *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, nr. 3, p. 23-24.
[110] Kamerstukken II 2016/17, 34654, nr. 3, p. 23-24.
[111] Kamerstukken II 2016/17, 34654, nr. 3, p. 23-24.
[112] Kamerstukken II 2016/17, 34654, nr. 4, p. 10; *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, nr. 3, p. 13-14.
[113] De desbetreffende zin luidt: "Een topfunctionaris die bij dezelfde rechtspersoon een ander dienstverband heeft of werkzaamheden verricht in een functie anders dan bedoeld in artikel 1.1, onderdeel b, en de verantwoordelijke komen geen bezoldiging overeen die meer bedraagt dan de maximale bezoldiging bedoeld in artikel 2.3." Zie ook: *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, nr. 3, p. 13-14; *Kamerstukken II* 2016/17, 34654, nr. 3, p. 23-26.
[114] Kamerstukken II 2017/18, 34818, nr. 3, p. 12.

voor ogen zou hebben. De WNT van toepassing verklaren op die functies, zou in de weg staan aan de verwezenlijking van die visies.[115]

5.21 De keuze om medisch specialisten buiten de WNT te houden is nog eens bevestigd in het Bestuurlijk akkoord medisch-specialistische zorg 2019/2022 (van 4 juni 2018) waarin in paragraaf 2.1, algemeen, onder punt e. is opgenomen dat de medisch specialisten gedurende de kabinetsperiode Rutte III buiten de reikwijdte van de WNT zullen blijven (en overigens ook niet verplicht zullen worden om in loondienst te werken).[116]

Tussenconclusie

5.22 Uit het voorgaande vloeit voort dat de WNT een inbreuk maakt op het recht van collectief onderhandelen en op het eigendomsrecht. Ten aanzien van beide rechten is de inbreuk voor zover het topfunctionarissen betreft legitiem geacht. Uitbreiding tot alle medewerkers in de publiek sector werd in het verleden risicovol geacht. Medisch specialisten zijn bovendien door de wetgever steeds bewust buiten de werking van de WNT zijn gehouden. Eerder werd ook niet overtuigend geacht dat het onder de WNT brengen van medisch specialisten effectief zou zijn. Medisch specialisten zijn derhalve consistent buiten de WNT gebleven, ook nadat zij het zelfstandig declaratierecht hadden verloren. Deze bewuste keuzes vergen dat de noodzaak die inbreuken thans, anders dan in het verleden, wel te maken een motivering vergt die een nieuwe benadering helder rechtvaardigen.

6 Gelijkheidsbeginsel

6.1 Indien alle medisch specialisten onder de WNT worden gebracht zal dat moeten gebeuren bij wet in formele zin. Het zou immers een wijziging vergen van het toepassingsbereik van de WNT. Naast topfunctionarissen zou aldus voor het eerst een categorie niet-topfunctionarissen door de wetgever onder wet worden gebracht.[117]

6.2 Wetten in formele zin mogen niet getoetst worden aan algemene rechtsbeginselen of aan de Grondwet.[118] Op grond van artikel 94 Gw is het echter wel mogelijk om formele wetgeving te toetsen aan verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die op grond van artikel 93 Gw doorwerken in de Nederlandse rechtsorde nadat ze zijn bekendgemaakt.[119] Het gelijkheidsbeginsel is ook verankerd in internationale

[115] Kamerstukken II 2017/18, 30111, nr. 104, p. 2-3.
[116] Zie:bijlage bij Kamerstukken II 2017/18, 29248, nr. 311.
[117] Wel geldt voor presentatoren bij de publieke omroep het Beloningskader Presentatoren Publieke Omroep 2017. Dit is een vorm van zelfregulering die is gebaseerd op de Mediawet. Deze regeling is dus niet gebaseerd op de WNT maar het beloningsmaximum sluit daar wel bij aan. Er wordt toezicht op gehouden door het Commissariaat voor de Media.
[118] HR 14 april 1989, ECLI:NL:HR:1989:AD5725 (*Harmonisatiewet-arrest*).
[119] J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (proefschrift), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 514-517.

verdragen, te weten artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (hierna: 'IVBPR') en artikel 14 EVRM.[120]

6.3 Artikel 26 IVBPR bepaalt dat allen gelijk zijn voor de wet en dat allen zonder discriminatie aanspraak hebben op gelijke bescherming door de wet. Het artikel bevat daarnaast een expliciet verbod van discriminatie op welke grond ook, zoals ras, huidskleur, geslacht, taal, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status. Het toepassingsbereik van dit artikel is niet beperkt tot de in het IVBPR genoemde rechten.

6.4 Artikel 14 EVRM bepaalt dat het genot van de rechten en vrijheden die in het EVRM zijn vermeld, moet worden verzekerd zonder enig onderscheid op welke grond ook, zoals geslacht, ras, kleur, taal, godsdienst, politieke of andere mening, nationale of maatschappelijke afkomst, het behoren tot een nationale minderheid, vermogen, geboorte of andere status. Artikel 14 verbiedt, naast de in het EVRM genoemde discriminatiegronden, ook discriminatie op grond van een andere status, wat aangeeft dat de in artikel 14 EVRM opgenomen onderscheidingscriteria, net zoals bij artikel 26 IVBPR, niet limitatief zijn.[121] Wel kan artikel 14 EVRM alleen samen met een ander materieel verdrachtsrecht worden ingeroepen al hoeft dat andere verdragsrecht niet te worden geschonden.[122] Het recht op eigendom van artikel 1 EP behoort daartoe.

6.5 De rechtbank Den Haag oordeelde in relatie tot een vordering tot buitenwerkingstelling van de WNT dat de essentie van het gelijkheidsbeginsel is dat bij het treffen of uitvoeren van wettelijke regelingen of voorzieningen gelijke gevallen niet ongelijk mogen worden behandeld zonder dat daar een objectieve en redelijke rechtvaardigingsgrond voor bestaat. Ook de wetgever dient derhalve bij ingrijpen in eigendom het gelijkheidsbeginsel in acht te nemen.[123]

Toetsing aan gelijkheidsbeginsel

6.6 Volgens de vaste lijn van het Mensenrechtencomité verbiedt artikel 26 IVBPR niet alle vormen van onderscheid, maar uitsluitend onderscheid dat niet wordt gemaakt op redelijke en objectieve gronden.[124] Ook het EHRM toetst bij een vermeende schending van artikel 14 EVRM of voor het gemaakte onderscheid een 'objectieve en redelijke rechtvaardiging' bestaat, hetgeen volgens het EHRM wil zeggen dat er een 'reasonable relationship of proportionality' bestaat tussen het gekozen middel en het doel.[125]

---

120 J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (proefschrift), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 514-517.
121 J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2005, p. 111-112; J.H. Gerards, Gelijke behandeling en het EVRM. Artikel 14 EVRM: van krachteloze waarborg naar 'norm met tanden'?, *NCJM Bulletin* 2004/2, p. 179.
122 J. Vande Lanotte en Y. Haeck, *Handboek EVRM*, Antwerpen – Oxford: Intersentia 2005, p. 111-112.
123 Rb. Den Haag (vzr.) 11-01-2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8165 (NVZD/Staat)
124 Zie bijv. Comité Rechten van de Mens 9 april 1987, ECLI:NL:XX:1987:AL8849.
125 EHRM 23 juli 1968, 2126/64 (*Belgische taal*).

6.7 Dit leidt tot het volgende toetsingskader: I) is sprake van gelijke gevallen die ongelijk worden behandeld? en II) is sprake van redelijke en objectieve gronden voor die ongelijke behandeling? Dit betekent dat alleen sprake is van discriminatie indien het gemaakte onderscheid geen gerechtvaardigde doelstelling heeft of indien er geen redelijke verhouding bestaat tussen de maatregel die het onderscheid maakt en het daarmee beoogde gerechtvaardigde doel.[126]

6.8 Gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld, ongelijke gevallen ongelijk naar mate van hun ongelijkheid. De vraag is echter wanneer sprake is van gelijke gevallen. Het moet gaan om gevallen die feitelijk en/of rechtens gelijk zijn.[127]

6.9 Van feitelijk gelijke gevallen kan worden gesproken indien de gevallen die met elkaar worden vergeleken, dezelfde feitelijke kenmerken hebben. Om te kunnen beoordelen of twee gevallen feitelijk vergelijkbaar zijn zal de rechter kunnen volstaan met een vaststelling van de feiten: daaruit blijkt in het algemeen vanzelf of twee gevallen vergelijkbaar zijn.[128] Gevallen zijn rechtens gelijk als de toepasselijke juridische kaders gelijk zijn.[129] Bij de beoordeling of sprake is van gelijke gevallen komt de wetgever een zekere beoordelingsvrijheid toe.[130] De beoordeling is bovendien uitermate feitelijk van aard.

6.10 Dat die beoordeling een feitelijke is wordt gedemonstreerd in een tweetal uitspraken van de rechtbank Den Haag. De rechtbank oordeelde dat bij het toepassen van de WNT Staatsdeelnemingen alleen al niet aan woningcorporaties gelijk kunnen worden gesteld omdat de Staat in het geval van een dergelijke deelneming als aandeelhouder beschikt over privaatrechtelijke bevoegdheden om de bezoldiging van bestuurders en commissarissen te bepalen.[131] In een andere uitspraak betreffende de WNT oordeelde de rechtbank Den Haag dat zorgverzekeraars, anders dan zorginstellingen, opereren op een markt waar serieuze concurrentie bestaat over het marktaandeel en aanvullende verzekeringen aanbieden die buiten het semipublieke domein vallen en dus niet als gelijke gevallen dienen te worden beschouwd.[132]

6.11 Nederlandse rechters, waaronder de Hoge Raad en Centrale Raad van Beroep (hierna: 'CRvB'), hanteren bij de toetsing van wetgeving aan het gelijkheidsbeginsel eenzelfde toetsingskader als hierboven onder 6.7 geschetst.[133] In lijn hiermee toetst de Hoge Raad bij de beantwoording van de vraag of er sprake is van 'objectieve en redelijke

---

126 HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1212; EHRM 29 april 2008, 13378/05 (*Burden/Verenigd Koninkrijk*); EHRM 22 juni 1999, 46757/99 (*Della Ciaja/Italië*).
127 HR 6 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1109.
128 Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (proefschrift), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 57.
129 ABRvS 16 april 2014, ECLI:NL:RVS:2014:1323.
130 HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9216; HR 15 juli 1998, ECLI:NL:PHR:1998:AC428.
131 Rb. Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14465.
132 Rb. Den Haag 11 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8165.
133 Zie bijv. HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888; HR 17 november 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC5505; CRvB 4 november 1993, ECLI:NL:CRVB:1993:ZB4962; Rb. Den Haag 11 januari 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:BY8165; Rb. Den Haag 30 oktober 2013, ECLI:NL:RBDHA:2013:14465.

gronden' aan twee vereisten: I) wordt een legitieme doelstelling van overheidsbeleid nagestreefd en II) is er een redelijke verhouding tussen het gebruikte middel en de nagestreefde doelstelling.[134]

I) Om te beoordelen of aan het legitimiteitsvereiste is voldaan moet worden beoordeeld of een legitiem doel wordt nagestreefd. Het onderscheid kan immers alleen dan gerechtvaardigd worden geacht wanneer de reden om een maatregel te treffen inhoudelijk te verantwoorden is.[135]

II) Om te beoordelen of er een redelijke verhouding tussen het gebruikte middel en de nagestreefde doelstelling bestaat, dient te worden beoordeeld of de maatregel geschikt en proportioneel is.[136] Aan het geschiktheidsvereiste is voldaan als het onderscheid voor het bereiken van het doel passend is. Hierbij wordt gekeken of er een causaal verband is tussen het doel en het gekozen middel.[137] Bij de beoordeling of aan het proportionaliteitsvereiste is voldaan wordt getoetst of de gekozen maatregel evenredig is aan de daarmee beoogde doelen. Relevant daarbij is of het doel niet tevens door een minder ingrijpend middel bereikt kan worden.[138]

6.12 Bij de toetsing of sprake is van redelijke en objectieve gronden hangt de striktheid van de toetsing af van het type onderscheid dat wordt gemaakt. De CRvB oordeelde dat wanneer het gaat om een rechtstreeks onderscheid naar bijvoorbeeld geslacht of ras, de motivering van dat onderscheid aan vrij zware eisen zal moeten voldoen en een grote overtuigingskracht moeten hebben om als "redelijke en objectieve gronden" dat onderscheid te rechtvaardigen.[139] Ook het EHRM oordeelde in diverse zaken dat onderscheid op bepaalde gronden een zwaardere toets rechtvaardigen. Hierbij valt te denken aan onderscheid op grond van geslacht,[140] nationaliteit,[141] seksuele geaardheid,[142] religie,[143] handicap[144] en ras.[145] Daarentegen zal eerder een marginale toets plaatsvinden als het onderscheid dat wordt gemaakt niet op grond van een van de eerder genoemde gronden is. De Hoge Raad oordeelde hierover:

> "Indien het niet gaat om onderscheid op basis van aangeboren kenmerken van een persoon, zoals geslacht, ras en etnische afkomst, dient het oordeel

---

134 HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211, m.nt. R.H. Happé; HR 12 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA3328.
135 J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (proefschrift), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 34.
136 HR 8 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP0425; HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9216.
137 J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (proefschrift), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 49; HR 10 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY9216; HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211, m.nt. R.H. Happé.
138 J.H. Gerards, *Rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel Een rechtsvergelijkend onderzoek naar een algemeen toetsingsmodel* (proefschrift), Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 51-55; HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1211, m.nt. R.H. Happé; HR 12 november 1997, ECLI:NL:HR:1997:AA3328.
139 CRvB 4 november 1993, ECLI:NL:CRVB:1993:ZB4962.
140 EHRM 28 mei 1985, A. 77 (*Abdulaziz*).
141 EHRM 16 september 1996, ECLI:NL:XX:1996:AL8781, m.nt. F.J.L. Pennings, *AB* 1997/179.
142 EHRM 9 januari 2003, 39392/98 en 39829/98 (*L en V /Oostenrijk*).
143 EHRM 12 februari 2013, 29617/07 (*Vojnity/Hongarije*).
144 HRM 20 mei 2010, 38832/06 (*Kiss/Hongarije*).
145 HRM (Grote Kamer) 13 november 2007, 57325/00 (*D H /Tsjechië*).

> van de wetgever daarbij te worden geëerbiedigd, tenzij het van redelijke grond ontbloot is (vgl. onder meer EHRM 12 april 2006, Stec en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk, no. 65731/01, RSV 2007/44, paragraaf 52, en EHRM 4 november 2008, Carson en anderen tegen het Verenigd Koninkrijk, no. 42184/05, paragrafen 73 en 80). Dit laatste kan niet snel worden aangenomen. Het onderscheid moet van dien aard zijn dat de keuze van de wetgever evident van redelijke grond ontbloot is ("manifestly without reasonable foundation", zie EHRM 7 juli 2011, Stummer tegen Oostenrijk, no. 37452/02, paragraaf 89, met verdere verwijzingen)."[146]

6.13 Als er dus een onderscheid wordt gemaakt op basis van een door een persoon zelf gemaakte keuze (en niet op een aangeboren kenmerk) zoals de keuze voor het ondernemerschap of voor een bepaald beroep, zal minder snel gezegd kunnen worden dat de overheid het gelijkheidsbeginsel schendt door aan die keuze bepaalde gevolgen te verbinden. Alleen als het onderscheid van 'evident redelijke grond ontbloot' is, zal de rechter dus moeten ingrijpen.[147]

7 Beantwoording van de vragen met betrekking tot de WNT

7.1 *Vraag 1. Is een uitbreiding van de reikwijdte van de WNT met louter in ziekenhuizen of zelfstandige behandelcentra werkende medisch specialisten (niet zijnde topfunctionarissen) bezien vanuit het gelijkheidsbeginsel te rechtvaardigen, of zou realisatie van deze wens impliceren dat de WNT van toepassing zou moeten worden op alle niet-topfunctionarissen (oftewel alle medewerkers, dus ook buiten de zorg) van (semi-)publieke instellingen*?

7.1.1 Het onder de WNT brengen van medisch specialisten zou de eerste keer zijn dat de reikwijdte van de WNT wordt uitgebreid buiten de kring van topfunctionarissen. Hoewel het onderscheid tussen medisch specialisten en alle anderen werkzaam in de publieke sector gebaseerd zal zijn op niet verdachte gronden en er dus een wat ruimere beoordelingsmarge voor de wetgever is, moet wel rekening gehouden worden met het gegeven dat diezelfde wetgever deze maatregel eerder nadrukkelijk niet noodzakelijk heeft geacht. Daarom is extra motivering nodig ten aanzien van de noodzakelijkheid, geschiktheid en proportionaliteit van de maatregel.

7.1.2 Het onder de WNT brengen van alle werknemers in de publieke sector is ook eerder overwogen en door de regering zelf verworpen. Ook een besluit daartoe zou extra motivering ten aanzien van de noodzakelijkheid, geschiktheid en proportionaliteit van de maatregel vergen.

7.1.3 In heel algemene zin kan enerzijds gezegd worden dat het enkele feit dat iedereen die in de publieke sector werkt uit publieke middelen betaald wordt, wel noopt tot een zoveel mogelijk uniforme benadering. Anderzijds geldt dat de inhoud van de

[146] HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1212, r.o. 3.3.1.
[147] HR 22 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1212.

werkzaamheden, de sectoren waarin wordt gewerkt, de deskundigheden die worden vereist, het ongemak en de risico's waaraan mensen blootstaan, de relevante omgevingen en de markt waarop men opereert, zodanig van elkaar kunnen verschillen dat een uniforme bezoldigingsgrens trekken geen eis van het gelijkheidsbeginsel is. Dat vergt juist dat ook recht gedaan wordt aan de mate van ongelijkheid. De WNT zelf kent ook gedifferentieerde beloningstabellen voor verschillende sectoren en mogelijkheden tot afwijking.

7.1.4 Het is aldus op zichzelf wel denkbaar binnen de grote groep werknemers in de publieke sector specifieke groepen werknemers aan te wijzen die onder de WNT worden gebracht, indien daarvoor een harde (cijfermatige) rechtvaardiging gevonden kan worden die aansluit bij de doelstellingen van de WNT. Die onderbouwing moet dan in elk geval wel aantonen dat binnen deze groep de WNT norm in relevante mate en meer dan elders in de (semi-)publieke sector wordt overschreden. Voorts moet aangetoond worden dat dit een effectief en proportioneel middel is om daar een eind aan te maken. Ook moet worden aangetoond dat dit niet via een andere wijze van regulering kan worden bereikt en dat er geen contra-productieve effecten optreden die het resultaat teniet doen, zoals bijvoorbeeld de noodzaak meer mensen tegen dat salaris aan te stellen. En indien het gaat om medisch specialisten moet ook duidelijk zijn dat er geen negatief effect op de beschikbaarheid van voldoende medisch specialisten of de kwaliteit van zorg of vanuit gaat. De informatie op basis waarvan die afwegingen gemaakt kunnen worden is op dit moment voor ons niet beschikbaar.

7.1.5 Het eventueel onder de WNT brengen van medisch specialisten in instellingen impliceert dus niet automatisch dat alle medewerkers in de publieke sector onder de WNT gebracht moeten moeten worden. De toets of de inbreuk op die dit maakt op het recht van collectief onderhandelen en op het eigendomsrecht zal per groep medewerkers apart moeten worden verricht. En vervolgens zal per categorie van gevallen moeten worden beoordeeld of ze feitelijk en rechtens zodanig gelijk zijn dat het gelijkheidsbeginsel tot gelijke maatregelen dwingt.

7.2 *Vraag 2. Is het onder de WNT brengen van in loondienst bij ziekenhuizen of zelfstandige behandelcentra werkende medisch specialisten, bezien vanuit het gelijkheidsbeginsel, te rechtvaardigen indien niet in loondienst maar wel in een ziekenhuis of zelfstandig behandelcentrum werkende medisch specialisten buiten de WNT zouden blijven?*

7.2.1 Deze vraag richt zich op de vergelijking van de groepen specialisten in loondienst in instellingen ten opzichte van specialisten in instellingen die zelfstandig werken. Deze variant gaat er, anders dan het uitgangspunt in de vraagstelling vanuit dat niet alle medisch specialisten in loondienst zullen werken en dat alleen voor de specialisten in loondienst de WNT zal gaan gelden. Naar wij van u begrepen is de achtergrond van deze vraagstelling dat het toepassen van de WNT op vrijgevestigden technisch te gecompliceerd wordt geacht.

7.2.2 Ook hier geldt dat met deze stap de principiële hobbel wordt genomen het begrip topfunctionaris als bepalend voor de reikwijdte van de WNT los te laten. En vervolgens wordt binnen éénzelfde beroepsgroep die volledig in instellingen werkt, gereguleerd op het enkele verschil tussen loondienst en vrij beroep.

7.2.3 In de totstandkomingsgeschiedenis van de WNT, is er juist gelet op de verwijzing naar de concurrentie in het vrije beroep voor gekozen om medisch specialisten als werkzaam in het vrije beroep buiten de WNT te houden. En over medisch specialisten in loondienst is toen gezegd dat sprake was van een bezoldiging die door de markt tot stand komt en in het FWG (functiewaardering gezondheidszorg) is vastgelegd, hetgeen voldoende werd geacht om hen niet te reguleren. Aldus is de groep medisch specialisten toen, ongeacht de vraag of zij een vrij beroep uitoefenden of in loondienst waren, als één uniforme groep behandeld.

7.2.4 De achtergrond van het verschil dat in deze vraag aan de orde wordt gesteld is dan dus alleen loondienst versus vrij beroep in samenhang met de complicaties van het reguleren van het vrije beroep via de WNT.

7.2.5 In de aard van de werkzaamheden is in deze situatie immers, als wij het goed zien, geen verschil gelegen. Bovendien zijn deze specialisten werkzaam op dezelfde markt en worden hun werkzaamheden door middel van gelijke tarieven beloond. Desalniettemin wordt dan binnen het vrije beroep de concurrentie in stand gelaten met de mogelijkheid van het genereren van hogere inkomsten. Voor de medisch specialisten in loondienst wordt dan het mechanisme van vrije Cao onderhandelingen gedeeltelijk uitgeschakeld (dat wil zeggen begrensd). En afhankelijk van de te kiezen bovengrens kan in meerdere of mindere mate sprake zijn van ontneming van eigendom. Die beide ingrepen op zichzelf vragen al om een rechtvaardiging in de zin van legitiem doel, noodzakelijkheid en proportionaliteit.

7.2.6 Dit onderstreept dat hier meer aan de orde is dan uitsluitend de werking van het gelijkheidsbeginsel. Van belang is dat de gemaakte keuze de ene groep wel onder de WNT te brengen en de andere niet werkelijk goed gemotiveerd kan worden. Dat veronderstelt dat er in geval van loondienst een probleem is in relatie tot de kosten van de gezondheidszorg dat in het vrije beroep niet speelt. Uiteraard zou dat becijferd moeten worden. Wij verwijzen voor de noodzakelijke feitelijke gegevens verder naar het antwoord op de vorige vraag.

7.2.7 En voorts dat het reguleren alleen medisch specialisten in loondienst geen contraire effecten gaat veroorzaken zoals een terugkeer naar het vrije beroep.

7.3 *Vraag 3. Is het onder de WNT brengen van medisch specialisten die (al dan niet in loondienst) in ziekenhuizen of zelfstandige behandelcentra werken, bezien vanuit het gelijkheidsbeginsel, te rechtvaardigen indien buiten het ziekenhuis of zelfstandig*

behandelcentrum werkende medisch specialisten (bijvoorbeeld solistisch werkende psychiaters, huisartsen en tandartsen) buiten de WNT zouden blijven?

7.3.1 Deze vraag veronderstelt, anders dan de vorige vraag, dat medisch specialisten werkzaam in instellingen allen onder de WNT gebracht kunnen worden, ook als ze vrijgevestigd zijn. Wij betwijfelen, zoals uit het voorgaande volgt, of dat werkelijk mogelijk is. Maar daarvan uitgaande richt de vraag zich op het onderscheid tussen wel en niet in een instelling werkzame specialisten.

7.3.2 Eigenlijk geldt hier een soortgelijk antwoord als voor de vorige vraag zij het dat het criterium waarop het onderscheid wordt gemaakt nu de plaats waar men werkt is. Ook hier geldt dat in de aard van de werkzaamheden in deze situatie, als wij het goed zien, geen verschil is gelegen. Bovendien zijn deze specialisten werkzaam op dezelfde markt en worden hun werkzaamheden door middel van gelijke tarieven beloond. De beoordeling zal langs dezelfde lijnen moeten verlopen. Is er een dusdanig verschil tussen de artsen in en buiten instellingen dat dit te rechtvaardigen valt en treden er geen effecten op die contrair werken zoals in dit geval een vertrek uit de instellingen. In de feiten op basis waarvan dit onderscheid zal moeten worden gerechtvaardigd hebben wij geen inzicht.

7.4 *Vraag 4. Hoe kijkt u naar het overgangsrecht indien de WNT van toepassing wordt verklaard op medisch specialisten?*

Overgangsrecht van de WNT

7.4.1 Artikel 7.3 WNT bevat het overgangsrecht. Op grond van 7.3 lid 1 WNT mochten bezoldigingen die zijn overeengekomen vóór de inwerkingtreding van de WNT I op 1 januari 2013 gedurende maximaal vier jaren na inwerkingtreding van de WNT I voortbestaan (een gedoogperiode). Na deze gedoogperiode gold de dwingendrechtelijke afbouwregeling van artikel 7.3 lid 8 WNT. Lid 8 schrijft voor dat de bezoldiging in een periode van drie jaar in een voorgeschreven ritme wordt afgebouwd.

7.4.2 Artikel 7.3 WNT ziet uitsluitend op de bezoldiging (dienstbetrekking) die is overeengekomen voor de inwerkingtreding van WNT I. Op grond van artikel 7.3 lid 9 WNT wordt een verlenging van het dienstverband (in welke juridische vorm dan ook) gekwalificeerd als een nieuw dienstverband. Dat brengt bijvoorbeeld met zich dat een herbenoeming, waarbij de duur van een aanstelling wordt verlengd, en bij een nieuw afgesloten arbeidsovereenkomst na 1 januari 2013, in beginsel sprake is van een nieuw dienstverband in de zin van de WNT. Na verlenging heeft de topfunctionaris dan niet langer aanspraak op het overgangsrecht.

7.4.3 WNT II kende een eigen overgangsrecht neegelegd in artikel 7.3a WNT. Dit wetsartikel voorziet in een overgangsregeling voor bezoldigingen van topfunctionarissen die boven de 100%-norm (WNT II) uitstijgen dan wel boven een daarop gebaseerde

onderliggende ministeriële regeling maar waarvan de hoogte nog onder de oude WNT I-norm zat (dus 130% van een ministerssalaris; afgerond € 230.000 en waarvan de bezoldigingsafspraken zijn gemaakt voorafgaand aan de inwerkingtreding van de WNT II op 1 januari 2015. Het overgangsrecht van artikel 7.3a WNT is vergelijkbaar met dat uit 7.3 WNT en bestaat ook uit een vierjarige gedoogperiode en een driejarige afbouwperiode.

7.4.4 Ook in het wetsvoorstel WNT III was voorzien in overgangsrecht. Voor deze overgangsregeling werd inhoudelijk aangesloten bij de overgangsregeling voor topfunctionarissen uit artikel 7.3 WNT.[148]

Conclusie overgangsrecht

7.4.5 Bij de introductie van de WNT en elke uitbreiding die daarop is gevolgd, is voorzien in eenzelfde overgangsregeling, te weten: vier jaar handhaven van het bezoldigingsniveau en daarna in drie jaar afbouwen. Dat zal, gelet op de ratio van het overgangsrecht te weten dat betrokkenen zich daadwerkelijk moeten kunnen instellen op de nieuwe financiële situatie, ook bij een verdere uitbreiding de (minimale) lijn moeten zijn.

7.5 *Vraag 5. Wanneer verwacht u dat de beoogde bezuiniging gerealiseerd kan worden als medisch specialisten zich aan de WNT moeten houden? Wat betekent het voor de haalbaarheid van de bevindingen van AKD als deze aspecten wel worden meegenomen?*

7.5.1 Deze vraag kan niet op basis van juridische gezichtspunten beantwoord worden. Daarvoor moet gerekend worden. De juridische eis een deugdelijke overgangsregeling op te stellen minimaal conform de huidige regeling betekent dat het in elk geval 7 jaar duurt voor de regulering volledig is gerealiseerd. [149]

8 Slotvragen

8.1 *Vraag 1. Welke juridische conflicten zijn volgens u te verwachten indien een nieuw kabinet de maatregel van het verplicht dienstverband zou invoeren?*

8.1.1 Invoering van de maatregel van een (indirect) verplichte loondienst voor medisch specialisten zal veel stof doen opwaaien en zonder twijfel leiden tot juridische procedures. Veel medisch specialisten hechten aan hun positie als vrijgevestigde en voelen er weinig voor in loondienst te treden. Invoering van een ingrijpende maatregel als de onderhavige kent zodanig veel juridische haken en ogen, dat de medisch specialisten, verenigd in verschillende gremia, ongetwijfeld bij de rechter zullen proberen de maatregel van tafel te krijgen, bijvoorbeeld omdat de maatregel in strijd is met fundamentele rechten. Wij schatten in dat de Staat er rekening mee moet

[148] *Kamerstukken II* 2017/18, 34818, nr. 3, p. 14.
[149] Zie: artikel 7.3 lid 8 WNT. Deze termijn is eerder door de rechter geaccepteerd.

houden dat er jarenlang over de maatregel geprocedeerd zal worden, mogelijk tot aan het Europees Hof voor de Rechten van de Mens in Straatsburg en/of het Hof van Justitie EU.

8.1.2 In dit advies zijn wij – ingegeven door de vragen die u ons hebt voorgelegd – ingegaan op artikel 1 EP en de WNT. Dat laat onverlet dat ook het Europese recht de nodige voorwaarden verbindt aan het beperken van rechten met betrekking tot bijvoorbeeld het vrije verkeer van diensten. In dit advies hebben wij de conformiteit van de maatregel met deze Europeesrechtelijke regels niet beoordeeld, maar dat laat onverlet dat de maatregel, als deze zou worden ingevoerd, ook moet voldoen aan de eisen die het Europees recht daaraan stelt.

8.2 *Vraag 2. Welke gevolgen ziet u voor de gelijkheid van de beroepsgroep medisch specialisten met bijvoorbeeld huisartsen en tandartsen en andere beroepen, zoals verpleegkundige, e.d., die in instellingen wel als zelfstandige mogen blijven werken?*

8.2.1 In de eerste hoofdstukken van dit advies is uitvoerig ingegaan op de eisen die het gelijkheidsbeginsel stelt aan overheidsingrijpen waarbij onderscheid gemaakt wordt tussen verschillende personen of groepen. Voor dat onderscheid moet, blijkens de jurisprudentie van zowel nationale als Europese rechters, een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaan.

8.2.2 Als de maatregel onderscheid maakt tussen verschillende categorieën zorgverleners, waardoor de verplichte loondienst wel geldt voor de ene groep, maar niet voor de andere groep, terwijl deze groepen zich ogenschijnlijk in een vergelijkbare situatie bevinden, zal bij de invoering van de maatregel gemotiveerd moeten (kunnen) worden dat voor dit onderscheid een objectieve en redelijke rechtvaardiging bestaat. Als dat niet mogelijk is, valt niet uit te sluiten dat de maatregel in strijd wordt geoordeeld met het gelijkheidsbeginsel.

Bijlage - Nadere toelichting op het toetsingskader van artikel 1 Eerste Protocol van het EVRM

Het EHRM toetst aan de hand van drie vragen of aan artikel 1 EP is voldaan:

4. Is sprake van eigendom in de zin van artikel 1 EP?;
5. Zo ja, is sprake van inmenging in het eigendomsrecht?;
6. Zo ja, is de inmenging gerechtvaardigd?

Aan een gerechtvaardigde inmenging worden drie voorwaarden gesteld:

d) De maatregel is voorzien bij wet (inmenging is *lawful*);
e) De maatregel dient een algemeen belang (*general interest*);
f) De maatregel is proportioneel, oftewel er bestaat een evenwichtige verhouding (*fair balance*) tussen het doel van de inmenging en het middel dat daarvoor wordt ingezet.

Bij de toets aan artikel 1 EP staat voorop dat de overheid een ruime beoordelingsvrijheid (*wide margin of appreciation*) geniet.[150] Deze beoordelingsvrijheid is vooral van belang bij de beoordeling of de maatregel een algemeen belang dient en of de maatregel proportioneel is.

Is sprake van eigendom?

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM verwijst het begrip 'eigendom' niet uitsluitend naar fysieke goederen; ook andere rechten en belangen die een vermogenswaarde vertegenwoordigen kunnen als eigendomsrechten en dus als eigendom worden beschouwd. Ook activa, zoals vorderingen, kunnen als 'eigendom' worden aangemerkt, indien de betrokkene een redelijke en legitieme verwachting heeft dat hij daadwerkelijk van het eigendomsrecht zal genieten.

Toekomstige inkomsten worden alleen in aanmerking genomen, indien deze inkomsten reeds zijn verdiend of wanneer daarop een rechtens afdwingbare aanspraak bestaat.

Is sprake van inmenging in het eigendomsrecht?

Inmenging in het eigendomsrecht kan bestaan uit ontneming van het eigendomsrecht of regulering ervan. Daarnaast kan ook sprake zijn van een beperking op het algemene beginsel van ongestoord genot van eigendom.

Volgens vaste rechtspraak van het EHRM is van ontneming van eigendom in de zin van artikel 1 EP niet alleen sprake in geval van een formele onteigening, maar ook indien

[150] EHRM 21 februari 1986, 8793/79, para. 46 (*James e a /Verenigd Koninkrijk*); EHRM 19 december 1989, 10522/83, para. 45 (*Mellacher/Oostenrijk*).

sprake is van een *de facto* onteigening. Om vast te stellen of sprake is van een *de facto* onteigening, moet worden beoordeeld wat het daadwerkelijke effect van de maatregel op de betrokkene is. Indien de maatregel leidt tot de beëindiging van de onderneming van de betrokkene maar de rechthebbende nog steeds een economisch belang of een zinvolle gebruiksmogelijkheid bij de activa van de onderneming heeft, is er geen sprake van onteigening.[151] In dat geval kan wel sprake zijn van regulering van het eigendomsrecht.[152]

Bij ontneming van eigendom moet steeds sprake zijn van adequate compensatie. Dit betekent echter niet dat bij ontneming onder alle omstandigheden een recht bestaat op volledige schadevergoeding; het gaat erom dat sprake is van een *fair balance* tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de *fair balance* ook bij een minder dan volledige schadevergoeding worden bereikt.[153]

Tegenover ontneming staat regulering van eigendom, waarbij – indien een algemeen belang is gediend met deze regulering – geen schade behoeft te worden vergoed, behoudens voor zover sprake is van een 'individual and excessive burden'.[154] Indien sprake is van een 'individual and excessive burden', dan zal de excessieve schade moeten worden vergoed.[155]

Is de inmenging gerechtvaardigd?

Als sprake is van een inmenging op het recht van eigendom (zowel in geval van (de facto) ontneming als in geval van regulering), moet aan de hand van een aantal voorwaarden worden getoetst of de inmenging gerechtvaardigd is. De bewijslast dat aan deze voorwaarden is voldaan, rust op de overheid die de maatregel neemt.

a) de maatregel is voorzien bij wet

Aan de voorwaarde dat de maatregel bij wet moet zijn voorzien is voldaan, indien een maatregel:

1) een wettelijke grondslag heeft;
2) voldoende voorzienbaar is, en;

---

151 HR 16 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2888, r.o. 3.4.2.
152 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.3. Hoewel deze voorbeelden zien op de regulering van het eigendomsrecht van ondernemingen, kan het eigendomsrecht van een natuurlijke persoon (uiteraard) ook worden beperkt. Ook dan is er dus sprake van een inmenging.
153 EHRM 21 februari 1986, 8793/79, para. 54 (*James e a /Verenigd Koninkrijk*); EHRM 8 juli 1986, 9006/80, 9262/81, 9263/81, 9265/81, 9266/81, 9313/81 en 9405/81, para. 121 (*Lithgow e a /Verenigd Koninkrijk*); EHRM 9 december 1994, 13092/87 en 13984/88, para. 71 (*Holy Monasteries/ Griekenland*); EHRM 25 maart 1999, 31423/96, para. 48 (*Papachelas/Griekenland*); EHRM 9 juli 2013, 14796/11, para. 51 (*Deguara Caruana Gatto e a /Malta*).
154 Zie bijv. EHRM 21 februari 1986, 8793/79, para. 50 (*James e a /Verenigd Koninkrijk*).
155 Zie bijv. EHRM 9 december 1994, 13092/87 en 13984/88 (*Holy Monasteries/Griekenland*).

3) voldoende kenbaar is, zodat individuen in staat zijn hun gedrag daarop aan te passen.[156]

Uit rechtspraak blijkt dat indien een maatregel is opgenomen in een wet in formele zin en de toepassingscriteria voldoende nauwkeurig in de wet en in de memorie van toelichting zijn beschreven, de maatregel is voorzien bij wet en aan deze voorwaarde wordt voldaan.[157]

b) de maatregel dient het algemeen belang

De maatregel moet daarnaast een algemeen belang dienen. De overheid komt een ruime beoordelingsvrijheid toe bij het vaststellen of een beoogd doel als algemeen belang kwalificeert. Ook komt de overheid een ruime beoordelingsvrijheid toe met betrekking tot de keuze van de middelen en hun geschiktheid om het gestelde doel te bereiken.[158] Het EHRM kent deze ruime beoordelingsvrijheid aan overheden toe, omdat zij vanwege hun directe kennis van de samenleving en haar behoeften beter dan het EHRM in staat is te beoordelen wat onder het algemeen belang verstaan moet worden.

c) de maatregel is proportioneel (er bestaat een *fair balance*)

Tot slot moet de maatregel proportioneel zijn. Een inmenging van eigendom is gerechtvaardigd indien er een *fair balance* bestaat tussen het algemeen belang enerzijds en de bescherming van individuele rechten anderzijds. Er moet een redelijke mate van evenredigheid bestaan tussen de gebruikte middelen en het doel dat ermee nagestreefd wordt.[159] Er is geen sprake van een *fair balance* als er sprake is van een individuele en buitensporige last voor personen die door de maatregel worden geraakt. Om te bepalen of dat het geval is, moet een volledige belangenafweging worden gemaakt.

Ook bij de beoordeling of van een *fair balance* sprake is, geniet de overheid een ruime beoordelingsvrijheid, zowel met betrekking tot de keuze van de middelen als met betrekking tot hun geschiktheid om het gestelde doel te bereiken.[160] Waar het om gaat is dat de wetgever deze *margin of appreciation* niet overschrijdt en de door hem gemaakte keuzes niet "manifestly unreasonable" zijn.[161] Hierbij is van belang dat de inmenging niet mag leiden tot een individuele en buitensporige last.[162] Het EHRM neemt in zijn beoordeling of sprake is van een *fair balance* mee of de gekozen maatregel geschikt is om het legitieme doel te bereiken.[163]

---

156 EHRM 7 juni 2018. 44460/16, para. 107 (*O'Sullivan McCarthy Mussel Development Ltd/Ierland*); CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.4.1.
157 ABRvS 2 november 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BU3143, r.o. 2.4.3.
158 EHRM 2 juli 2013, 27126/11, para. 34 (*Nobel/Nederland)*; EHRM 30 april 2013, 37265/10, para. 56 (*Lohuis/Nederland*); CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.6.1.
159 EHRM 5 januari 2000, 33202/96, para. 114 (*Beyeler/Italië*).
160 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.6.1.
161 EHRM 30 juli 2015, 1046/12, para. 62 (*Zammit en Attard Cassar/Malta*).
162 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.6.1.
163 EHRM 7 maart 2002, 53320/99 (*Trajkovski/De voormalige Joegoslavische republiek van Macedonië*).

Eerst moet worden beoordeeld of een *fair balance* bestaat op het niveau van de regeling. Daarna moet op individueel niveau worden bekeken of de regeling niet leidt tot een individuele en buitensporige last voor de betrokkene(n).[164]

Op het niveau van de regeling

Om te beoordelen of een *fair balance* op het niveau van de regeling bestaat moet een volledige belangenafweging worden gemaakt tussen het algemeen belang en de belangen van diegenen die door de regeling worden geraakt.[165]

Bij de beoordeling van de *fair balance* op regelingsniveau is de beantwoording van de volgende vragen van belang:

- Is de maatregel noodzakelijk in het algemeen belang?[166]
- Is de maatregel een geschikt middel om de doelstelling te behalen?[167]
- Handelt de Staat tijdig, correct en op consistente wijze?[168]
- Kan het doel niet met minder vergaande middelen worden bereikt?
- Kent de Staat in redelijkheid een zwaar gewicht toe aan het algemeen belang dat met de maatregel wordt gediend?[169]
- Is de maatregel voorzienbaar in de uitoefening?
    - Rechtsonzekerheid moet worden voorkomen.[170] Een maatregel wordt eerder voorzienbaar geacht indien de betrokkene een professionele ondernemer is.[171] Ook het feit dat de maatregel een bedrijfstak raakt die al lange tijd sterk wordt gereguleerd is relevant.[172]
- Is de maatregel niet in strijd met eerder door de overheid gewekte verwachtingen?[173] Of is er voldoende ruimte in de regeling of in de invoeringstermijn voor partijen om zich op de nieuwe situatie in te stellen?
- Is er in de regeling door middel van een 'veiligheidsventiel' of hardheidsclausule rekening gehouden met de mogelijkheid dat individuen bijzonder hard worden getroffen door de maatregel?[174]
- Is sprake van een overgangstermijn? Het ontbreken van een overgangstermijn maakt niet dat artikel 1 EP wordt geschonden.[175]

---

164 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.6.2.
165 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.7.2.
166 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.7.3.
167 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.7.3.
168 EHRM 9 januari 2007, 34478/97, para. 46 (*Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı/Turkije*); EHRM 22 februari 2005, 47148/99, para. 102 (*Novoseletskiy/Ukraine*).
169 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.7.4.
170 EHRM 23 september 1982, 7151/75 en 7152/75, para. 70 (*Sporrong en Lönnroth/Zweden*); EHRM 30 juli 2015, 1046/12, para. 58 (*Zammit en Attard Cassar/Malta*).
171 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.7.5.1.
172 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.7.5.2.; EHRM 16 oktober 2018, 21623/13, para. 49 (*Könyv-Tàr Kft e a /Hungary*).
173 EHRM 19 oktober 2000, 31227/96, para. 32 (*Ambruosi/Italië*).
174 EHRM 30 april 2013, 37265/10, para. 59 (*Lohuis/Nederland*); Rb. Den Haag 15 juli 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:6377, r.o. 4.98 t/m 4.100.
175 Dit geldt eens te meer bij de vaststelling van een fiscale maatregel, zie HR 27 juni 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD5471, r.o. 3.2 en HR 11 januari 2019, ECLI:NL:HR:2019:1, r.o. 2.3.2 t/m 2.3.5. Zie

Op individueel niveau

De uitvoering van de maatregel moet ook op individueel niveau proportioneel zijn. De maatregel mag niet leiden tot een individuele en buitensporige last. Daarbij moet eveneens een volledige belangenafweging worden gemaakt. Van een individuele en buitensporige last is alleen sprake indien de betrokkene door de maatregel onevenredig wordt geraakt in vergelijking met anderen op wie de maatregel ook van toepassing is. Bijzondere feiten en omstandigheden kunnen maken dat de maatregel een buitensporige last voor deze betrokkene teweegbrengt.[176] Niet ieder vermogensverlies kan dus als een buitensporige last worden aangemerkt.[177]

Bij de beoordeling of de maatregel op individueel niveau proportioneel is, moeten de effecten van de maatregel voor de betrokken partijen worden onderzocht. Zijn de gevolgen voor een bepaalde groep onevenredig? Worden de lasten voor het oplossen van het probleem eenzijdig/te veel bij één bepaalde groep gelegd? Kan dat worden gerechtvaardigd?

Daarnaast is bij de beoordeling of de maatregel leidt tot een individuele en buitensporige last relevant of de betrokkene financieel wordt gecompenseerd. Dat een betrokkene niet wordt gecompenseerd, betekent in het geval van regulering van eigendom overigens niet automatisch dat artikel 1 EP wordt geschonden.[178] Indien sprake is van ontneming van eigendom, is (enige vorm van) compensatie wel een hard vereiste. Het ontbreken van compensatie leidt in dat geval tot een schending van artikel 1 EP.

tevens EHRM 2 juli 2013, 27126/11, para. 42 (*Nobel/Nederland*) en Hof Den Haag 5 juli 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:1950, r.o. 5.3 en 5.4.

176 HR 17 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:442, r.o. 3.2.

177 CBb 23 juli 2019, ECLI:NL:CBB:2019:291, r.o. 6.8.2.

178 EHRM 29 maart 2010, 34044/02, para. 91 (*Depalle/Frankrijk*). Indien er sprake is van ontneming van eigendom, is compensatie wel een hard vereiste. Het ontbreken van compensatie leidt in dat geval tot een schending van artikel 1 EP.