

ECLI:NL:CBB:2010:BP0452

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	17-12-2010
Datum publicatie	11-01-2011
Zaaknummer	AWB 08/181
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig Eerste en enige aanleg
Inhoudsindicatie	Wet tarieven gezondheidszorg Overige instellingen
Wetsverwijzingen	Besluit uitbreiding en beperking werkingssfeer WMG Besluit uitbreiding en beperking werkingssfeer WMG 2
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl RZA 2011/12 NJB 2011, 264 GJ 2011/42

Uitspraak

College van Beroep voor het bedrijfsleven

AWB 08/181 17 december 2010
13730 Wet tarieven gezondheidszorg
Overige instellingen

Uitspraak in de zaken van:

1. de Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Tandheelkunde (hierna: NMT), te Utrecht,
2. A, te B,
3. C, te D:
4. E, te F
5. G, te H,
6. I, te J,
7. K, te L,

appellanten,
gemachtigde: mr. M.E. Gelpke, advocaat te s-Gravenhage,
tegen
de Nederlandse Zorgautoriteit, verweerster,
gemachtigde: mr. G.R.J. de Groot, advocaat te s-Gravenhage.

1. De procedure

Appellanten hebben bij brief van 5 maart 2008, bij het College binnengekomen op 6 maart 2008, beroep ingesteld tegen een besluit van verweerster van 25 januari 2008. Bij dit besluit heeft verweerster ongegrond verklaard de bezwaren van appellanten sub 1 tot en met sub 6 tegen de tariefbeschikking van 1 december 2006 (nr. 5500-1900-06-2), alsmede de bezwaren van appellanten sub 1 en sub 7 tegen de tariefbeschikking van 11 december 2006 (nr. 5300-1900-06-4).

Bij brief van 10 maart 2008 hebben appellanten nadere stukken ingediend.

Bij brief van 15 mei 2008 heeft verweerster haar verweerschrift ingediend.

Op 9 juli 2010 heeft het onderzoek ter zitting plaatsgehad, waarbij partijen bij monde van hun gemachtigden hun standpunt hebben toegelicht. Voorts waren aanwezig R.R.M. Noverraz, voorzitter van de sectie tandartsspecialisten van het NMT en

N.M. Kroezen, directeur van het bureau van het NMT namens appellanten, en mr. L. Cats en mr. H.M. den Herder namens verweerster.

2. De grondslag van het geschil

2.1 In de Wet marktordening gezondheidszorg (hierna: Wmg) was ten tijde van belang onder meer het volgende bepaald.

"Artikel 1

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

()

b. zorg:

1° zorg of dienst als omschreven bij of krachtens de Zorgverzekeringswet en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten;

2° handelingen op het gebied van de gezondheidszorg als bedoeld in artikel 1, eerste lid, van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, voor zover uitgevoerd, al dan niet onder eigen verantwoordelijkheid, door personen, ingeschreven in een register als bedoeld in artikel 3 van die wet of door personen als bedoeld in artikel 34 van die wet en voor zover die handelingen niet zijn begrepen onder 1°;

c. zorgaanbieder:

1° de natuurlijke persoon of rechtspersoon die beroeps- of bedrijfsmatig zorg verleent;

2° de natuurlijke persoon of rechtspersoon voor zover deze tarieven in rekening brengt namens, ten behoeve van of in verband met het verlenen van zorg door een zorgaanbieder als bedoeld onder 1°

()"

Artikel 2

1. Bij algemene maatregel van bestuur kunnen, indien dat voor een goede uitvoering van deze wet nodig is, werkzaamheden die geheel of gedeeltelijk liggen op het gebied van de gezondheidszorg of geheel of gedeeltelijk ten behoeve van de gezondheidszorg worden verricht, worden aangewezen als zorg in de zin van deze wet.

()

Artikel 35

1. Het is een zorgaanbieder verboden een tarief in rekening te brengen:
 - a. voor een prestatie waarvoor geen prestatiebeschrijving op grond van artikel 56 is vastgesteld;
 - b. voor een prestatie waarvoor een andere prestatiebeschrijving wordt gehanteerd dan op grond van artikel 56 is vastgesteld;
 - c. dat niet overeenkomt met het tarief dat voor de betrokken prestatie op grond van artikel 50 of 52 is vastgesteld;
 - d. dat niet ligt binnen de tariefruimte die op grond van artikel 54 voor de betrokken prestatie is vastgesteld;
 - e. anders dan op de wijze die overeenkomstig deze wet is vastgesteld.

2. Het is een zorgaanbieder verboden een tarief als bedoeld in het eerste lid, te betalen aan een andere zorgaanbieder of aan derden te vergoeden.

()

Artikel 52

()

5. In gevallen waarin een beleidsregel als bedoeld in artikel 57 dat vordert, stelt de zorgautoriteit ambtshalve een tarief vast.

()”

In de Wet op de Beroepen in de individuele gezondheidszorg (hierna: Wet BIG) is, voor zover hier van belang, het volgende bepaald:

“Artikel 1

1. In deze wet en de daarop berustende bepalingen worden onder handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg naast de in het tweede lid omschreven handelingen verstaan alle andere verrichtingen - het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen -, rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende diens gezondheid te bevorderen of te bewaken.

2. In deze wet en de daarop berustende bepalingen worden onder handelingen op het gebied van de geneeskunst verstaan:

- a. alle verrichtingen - het onderzoeken en het geven van raad daaronder begrepen -, rechtstreeks betrekking hebbende op een persoon en ertoe strekkende hem van een ziekte te genezen, hem voor het ontstaan van een ziekte te behoeden of zijn gezondheidstoestand te beoordelen, dan wel verloskundige bijstand te verlenen;
- b. het bij een persoon afnemen van bloed of wegnemen van weefsel voor andere doeleinden dan die, bedoeld onder a;
- c. het wegnemen van weefsel bij een overledene en het verrichten van sectie.

Artikel 3

1. Er worden registers ingesteld, waarin degenen die aan de daarvoor bij en krachtens deze wet gestelde voorwaarden voldoen, op hun aanvraag worden ingeschreven, onderscheidenlijk als:

() tandarts

().

In artikel 36 Wet BIG opgenomen in hoofdstuk IV, Voorbehouden handelingen is bepaald, voor zover hier van belang, dat tandartsen bevoegd zijn tot het verrichten van heelkundige handelingen, injecties, het brengen onder narcose, het verrichten van handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg met gebruik van radioactieve stoffen of toestellen die ioniserende stralen uitzenden, alsmede het voorschrijven van UR-geneesmiddelen.

Artikel 47

1. Degene die in een der in het tweede lid vermelde hoedanigheden in een register ingeschreven staat, is onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van:

a. enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die hij in die hoedanigheid behoort te betrachten ten opzichte van:

1° degene, met betrekking tot wiens gezondheidstoestand hij bijstand verleent of zijn bijstand is ingeroepen;

2° degene die, in nood verkerende, bijstand met betrekking tot zijn gezondheidstoestand behoeft;

3° de naaste betrekkingen van de onder 1° en 2° bedoelde personen;

b. enig ander dan onder a bedoeld handelen of nalaten in die hoedanigheid in strijd met het belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg.

2. De in het eerste lid bedoelde hoedanigheden zijn die van:

() tandarts

()"

In het op artikel 2, eerste lid, Wmg gebaseerde Besluit uitbreiding en beperking werkingssfeer Wmg van 21 september 2006 (hierna: Bub) was tot 26 september 2007 bepaald:

"Artikel 1

In dit besluit wordt verstaan onder wet: Wet marktordening gezondheidszorg.

Artikel 2

Als zorg in de zin van de wet worden aangewezen de werkzaamheden van:

a. het Pathologisch Anatomisch Landelijk Geautomatiseerd Archief (PALGA);

b. instellingen waarvan de werkzaamheden zijn gericht op donatie of transplantatie van weefsel of organen;

c. integrale kankercentra."

Artikel 2 Bub is gewijzigd bij besluit van 26 september 2007 waarbij, onder meer, met terugwerkende kracht tot 1 oktober 2006 (de datum van inwerkingtreding van de Wmg) een onderdeel is toegevoegd, luidend:

"d. personen ingeschreven in een register als bedoeld in artikel 3 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg of door personen als bedoeld in artikel 34 van die wet, voor zover het betreft werkzaamheden in het kader van hun beroepsuitoefening, al dan niet onder eigen verantwoordelijkheid uitgevoerd, en die niet zijn begrepen onder artikel 1, onder b, van de wet."

In de toelichting op artikel 1, onder b, en artikel 2, eerste lid, Wmg is ten aanzien van de werkingssfeer van de Wmg het volgende opgenomen:

"Het begrip «zorg» bepaalt de werkingssfeer van dit wetsvoorstel. Daaronder worden allereerst verstaan de zorg en andere diensten als omschreven bij of krachtens de Zvw en de AWBZ (artikel 1, onder b, sub 1); hieronder valt alle zorg van het eerste en het tweede compartiment, ongeacht of de kosten daarvan worden vergoed in het kader van genoemde wetten dan wel anderszins. Ingevolge sub 2 wordt onder «zorg» verder verstaan de zorg van het derde compartiment, voor zover uitgevoerd door beroepsbeoefenaars die zijn opgenomen in het register van artikel 3 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG). Hierbij maakt het niet uit of zij voor eigen rekening en verantwoording werken dan wel in dienst en onder verantwoordelijkheid van een instelling.

Verder kunnen bij algemene maatregel van bestuur (amvb) als zorg in de zin van deze wet worden aangewezen werkzaamheden die geheel of gedeeltelijk op het gebied liggen van de gezondheidszorg of geheel of gedeeltelijk ten behoeve van de gezondheidszorg worden verricht. Het betreft bijvoorbeeld werkzaamheden van de nu al voor de werkingssfeer van de WTG aangewezen huisartsenlaboratoria, de Stichting Centraal Begeleidingsorgaan Intercollegiale toetsing en het Pathologisch Anatomisch Landelijk Geautomatiseerd Archief.

Met een dergelijke amvb kunnen ook diensten als zorg in de zin van deze wet worden aangemerkt die worden verleend door personen die niet in het BIG-register zijn opgenomen of door zorginstellingen waar uitsluitend dergelijke personen werken. Te denken valt aan de geneesmiddelenvoorziening door apothekers of de zorgverlening door logopedisten of oefentherapeuten. De laatste twee categorieën vallen onder artikel 34 van de Wet BIG.

Indien bij amvb de vormen van zorg in de zin van dit wetsvoorstel worden uitgebreid, geeft de minister in een aanwijzing op grond van artikel 7 aan welke tariefsoort op die uitbreiding van toepassing is. Zie ook de toelichting bij de artikelen 7 en 52.

()

Hieronder beschrijf ik enkele belangrijke afwijkingen in dit wetsvoorstel ten opzichte van de WTG.

Allereerst betreft dat de omschrijving van de werkingssfeer. De WTG richt zich tot «organen voor gezondheidszorg», zijnde personen en instellingen, behorende tot een bij amvb aangewezen categorie. Het aangrijpingspunt van organen voor gezondheidszorg hangt samen met het hoofddoel van de WTG, namelijk te zorgen dat die personen en instellingen uitsluitend tarieven in rekening brengen die volgens de wet tot stand zijn gekomen. Het hoofddoel van het onderhavige wetsvoorstel is het ontwikkelen en ordenen van een markt op het gebied van de zorg, ongeacht door wie zorg wordt verleend.

Tariefregulering maakt daarvan weliswaar nog deel uit, maar vormt niet meer het einddoel. Het ligt in de rede dat het aangrijpingspunt voor het wetsvoorstel dan ook niet meer is de personen en instellingen die zorg leveren, maar die zorg zelf (artikel 1, onderdeel b, en artikel 2, eerste lid)"

(Kamerstukken II, 2004-2005, 30186, nr.3, p. 50-51 en 67).

De Nota van toelichting bij het Bub (Stb. 2006, 431) vermeldt onder meer:

"De werkingssfeer van de Wet marktordening gezondheidszorg (WMG) is in die wet zelf bepaald, en wel op hoofdlijnen, zodat de wet betrekking heeft op praktisch alle zorg verleend door alle zorgaanbieders in alle zorgmarkten. De Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) kan zo toezicht houden op alle markten voor zover de publieke waarborgen daartoe noodzaken. De werkingssfeer van de wet zoals geformuleerd in artikel 1, onder b, van de WMG biedt daarvoor de nodige ruimte. Structurele uitbreidingen of beperkingen van de toepassing van bepalingen van de WMG kunnen bij algemene maatregel van bestuur worden vastgelegd op grond van artikel 2, eerste respectievelijk tweede lid, van de WMG. Het onderhavige besluit is een uitwerking van dat artikel.

De WMG vervangt ondermeer de prijs- en prestatieregulering van de Wet tarieven gezondheidszorg (WTG). De WMG hanteert echter een andere benadering van de werkingssfeer dan de WTG. De WTG had betrekking op aangewezen categorieën van zorgaanbieders; in het Besluit werkingssfeer WTG 1992 werden daartoe categorieën van zorgaanbieders («organen voor gezondheidszorg») opgesomd. Voor deze categorieën van zorgaanbieders werden vervolgens beleidsregels vastgesteld door het College tarieven

gezondheidszorg (CTG). Die beleidsregels diende het CTG te hanteren bij de tarief- en prestatieregulering. In de WMG is deze («orgaangerichte» benadering losgelaten en is aansluiting gezocht bij het functioneel omschreven risico en de uitwerking daarvan in aanspraken van de Zorgverzekeringswet (ZVW) en de aanspraken in de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ). De werkingssfeer van de WMG wordt bepaald door het begrip «zorg». Dat begrip is als volgt gedefinieerd: 1° zorg of dienst als omschreven bij of krachtens de ZVW en de AWBZ en 2° handelingen op het gebied van de gezondheidszorg als bedoeld in artikel 1, eerste lid, Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG), voor zover uitgevoerd, al dan niet onder eigen verantwoordelijkheid, door personen, ingeschreven in een register als bedoeld in artikel 3 van die wet of door personen als bedoeld in artikel 34 van die wet en voor zover die handelingen niet zijn begrepen onder 1°.

Uitgangspunt voor het onderhavige besluit is dat er zoveel mogelijk een naadloze overgang plaatsvindt van de WTG naar WMG voor zover het gaat om de voortzetting van tarief en prestatieregulering. ()”

De uitbreiding van het zorgbegrip in artikel 2, onderdeel d, Bub is als volgt toegelicht:

“Bij de invoering van de WMG op 1 oktober 2006 is er voor gekozen om de werkingssfeer van de WMG in grote lijnen overeen te laten komen met de werkingssfeer van de WTG.

Op voet van de WTG was geregeld dat alle prestaties van de aangewezen zorgaanbieders die verband houden met de gezondheidszorg onder de werkingssfeer van de WTG vielen. Met de overgang van de WTG naar de WMG is hierin verandering gekomen omdat zoals hiervoor is aangegeven de reikwijdte (deels) functioneel is omschreven. Er is inmiddels gebleken dat met de in de Wet BIG gehanteerde definities delen van met name derde compartimentszorg mogelijkserwijs en onbedoeld buiten de reikwijdte van de WMG vallen. Hierdoor kunnen er afbakeningsproblemen ontstaan waarmee zowel de rechtszekerheid als handhaafbaarheid in het geding kunnen komen.

Met het onderhavige besluit tot wijziging van het Besluit uitbreiding en beperking werkingssfeer WMG (BUB) wordt deze omissie met terugwerkende kracht hersteld. Daartoe worden werkzaamheden in het kader van hun beroepsuitoefening door personen ingeschreven in een register als bedoeld in artikel 3 van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg of door personen als bedoeld in artikel 34 van die wet voor zover deze niet zijn begrepen onder artikel 1 onder b van de wet benoemd als zorg in de zin van de WMG. Aangezien in de praktijk is uitgegaan van de werkingssfeer van de WTG, heeft de terugwerkende kracht geen nadelige gevolgen, maar wordt daarmee alsnog een basis onder die praktijk gelegd.

Deze oprekking van de reikwijdte is zeer beperkt, gelet op de definitie van zorgaanbieder die in artikel 1, onder c, van de wet is gegeven, en heeft, zoals gezegd, vooral betrekking op derde-compartimentszorg.” (Stb. 2007, 365, p. 3-4).

2.2 Op grond van de stukken en het onderzoek ter zitting zijn in deze zaak de volgende feiten en omstandigheden voor het College komen vast te staan.

- De NMT behartigt de algemene en collectieve (waaronder tarifaire) belangen van de tandartsspecialisten in de dentomaxillaire orthopedie (orthodontisten) en van de tandartsen algemeen practici. De overige appellanten zijn allen orthodontist of tandarts, gewezen orthodontist.

- Bij tariefbeschikking van 1 december 2006 heeft verweerster op basis van de beleidsregels voor zorgaanbieders die mondzorg leveren zoals tandartsspecialisten in de dentomaxillaire orthopaedie die bieden en gelet op artikel 35 jo. 52, vijfde lid, Wmg besloten dat rechtsgeldig door eerdergenoemde zorgaanbieders en zorgaanbieders als bedoeld in artikel 1 onder c sub 2 van de Wmg aan alle ziektekostenverzekeraars en alle (niet-) verzekerden maximaal de bedragen, vermeld achter de desbetreffende prestaties zoals omschreven in de bijlagen 1, 2 en 3 bij de tariefbeschikking 5500-1900-06-1 gevoegde tarieflijst, in rekening kunnen worden gebracht. Daarbij is opgemerkt dat waar in de genoemde bijlagen gesproken wordt over orthodontisten wordt bedoeld: zorgaanbieders die mondzorg

leveren zoals tandartsspecialisten in de dentomaxillaire orthopaedie.

- Bij tariefbeschikking van 11 december 2006 heeft verweerder op basis van de beleidsregels voor zorgaanbieders die mondzorg leveren zoals tandartsen die bieden en gelet op artikel 35 jo. 52, vijfde lid, Wmg besloten dat rechtsgeldig door eerdergenoemde zorgaanbieders en zorgaanbieders als bedoeld in artikel 1 onder c sub 2 van de Wmg aan alle ziektekostenverzekeraars en alle (niet-) verzekerden maximaal de bedragen, vermeld achter de desbetreffende prestaties, zoals omschreven in de bijlagen 1 en 2 bij de tariefbeschikking 5300-1900-06-1 gevoegde tarieflijst en de door de zorgaanbieder betaalde of verschuldigde kosten van implantaten, stiften, laboratoriumkosten en materiaal kosten ten behoeve van regeneratietechnieken, in rekening kunnen worden gebracht.
- Bij brief van 18 januari 2007 hebben appellanten sub 1 tot en met 6 bezwaar gemaakt tegen de tariefbeschikking van 1 december 2006.
- Bij brief van 29 januari 2007 hebben appellanten sub 1 en sub 7 bezwaar gemaakt tegen de tariefbeschikking van 11 december 2006.
- Op 26 juni 2007 heeft een hoorzitting plaatsgevonden.
- Vervolgens heeft verweerder het bestreden besluit genomen.

3. Het bestreden besluit en het nadere standpunt van verweerder

3.1 Bij het bestreden besluit heeft verweerder de bezwaren van appellanten ongegrond verklaard en daartoe het volgende overwogen.

De bezwaren richten zich in de kern op de vraag of verweerder bevoegd was om (maximum)tarieven vast te stellen voor de orthodontische en tandheelkundige prestaties, zoals omschreven in de tariefbeschikkingen. Uit het wettelijk kader, met name artikel 1, onder b en c, jo. artikel 2, eerste lid, Wmg en artikel 2 Bub volgt dat verweerder daartoe bevoegd is. Door de wijziging van artikel 2 Bub (toevoeging sub d) valt met terugwerkende kracht vanaf 1 oktober 2006 alle mogelijke zorg uit het derde compartiment onder de reikwijdte van de Wmg. Ook voor orthodontische prestaties met een cosmetisch karakter is verweerder derhalve bevoegd om tarieven vast te stellen. De bestreden tariefbeschikkingen zijn derhalve conform het zorgbegrip in de Wmg vastgesteld.

Voor zover onduidelijkheid in de formulering van de tariefbeschikkingen mocht bestaan, geldt het volgende. In de tariefbeschikking van 1 december 2006 zijn de maximumtarieven vastgesteld voor prestaties op het gebied van de orthodontie. De tariefbeschikking is van toepassing op:

1. orthodontische zorgverlening door tandartsspecialisten in de dentomaxillaire orthopaedie, die als zodanig in het BIG-register staan ingeschreven (orthodontisten). Het betreft de verlening van orthodontische zorg waarop bij of krachtens de Zorgverzekeringswet en de Algemene Wet bijzondere Ziektekosten aanspraak bestaat (eerste en tweede compartimentszorg) en alle overige (derde compartiment) zorg die wordt verleend door (of onder verantwoordelijkheid van) orthodontisten.
2. orthodontische zorgverlening waarop bij of krachtens de Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) en de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (hierna: AWBZ) aanspraak bestaat die wordt verleend door andere zorgaanbieders met uitzondering van tandartsen algemeen practici. Zij dienen de tarieven voor de tandheelkundige zorg toe te passen.

In de tariefbeschikking van 11 december 2006 zijn de maximumtarieven vastgesteld voor de prestaties voor tandheelkundige mondzorg en orthodontische zorg. De tariefbeschikking is van toepassing op:

1. tandheelkundige zorgverlening door tandartsen algemeen practici, die als zodanig in het BIG-register staan ingeschreven en mondhygiënisten of tandprotheticci. Het betreft de verlening van tandheelkundige zorg waarop bij of krachtens de Zvw en de AWBZ aanspraak bestaat (eerste en tweede compartimentszorg) en alle overige (derde compartiment) zorg die wordt verleend door (of onder verantwoordelijkheid van) tandartsen, mondhygiënisten of tandprotheticci.
2. tandheelkundige/orthodontische zorgverlening waarop bij of krachtens de Zvw de AWBZ aanspraak bestaat die wordt verleend door andere zorgaanbieders met uitzondering van orthodontisten. Zij dienen de tarieven voor de orthodontisten toe te passen.

3.2 In het verweerschrift heeft verweerster hieraan het volgende toegevoegd.

In de Wmg is de toepasselijkheid van de bepalingen over tarieven (in het bijzonder de artikelen 35 en 50 e.v.) niet afhankelijk gesteld van de hoedanigheid van degene die een bepaalde activiteit verricht (het orgaanbegrip zoals gehanteerd in de Wet tarieven gezondheidszorg), maar van de aard van de activiteit (functionele omschrijving). De wetgever heeft bij deze keuze van methodiek aansluiting gezocht bij de functionele omschrijving van de te verzekeren prestaties in de Zvw en de verzekerde prestaties ingevolge de AWBZ. Uit het wettelijk kader volgt dat een activiteit op drie gronden kan worden aangemerkt als zorg en dus als prestatie waarvoor een tarief kan worden vastgesteld:

- de activiteit kan een vorm van zorg of dienst zijn zoals omschreven bij of krachtens de Zvw of de AWBZ (artikel 1, onder b, sub 1, Wmg);
- de activiteit kan een vorm van zorg zijn die wordt aangemerkt als "handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg" als bedoeld in artikel 1, onder b, sub 2, Wmg;
- de activiteit kan een werkzaamheid zijn van een aanbieder als omschreven in artikel 2 Bub.

Op de eerstgenoemde grond valt onder de werkingssfeer van de artikelen 35 en 50 Wmg de behandeling van zeer ernstige ontwikkeling- of groeistoornissen van het tand-kaak-mondstelsel, waarbij medediagnostiek of medebehandeling van andere disciplines dan de tandheelkundige noodzakelijk is. Hierover bestaat geen verschil van mening tussen partijen. Op de tweede grond vallen onder de werkingssfeer van genoemde bepalingen andere behandelingen die niet zuiver een cosmetisch of esthetisch doel hebben. Ook hierover bestaat tussen partijen geen verschil van mening, aangezien het verschil van inzicht slechts betreft de behandelingen die appellanten aanduiden als "zuiver cosmetische of esthetische orthodontische verrichtingen". Overigens volgt uit het door appellanten overgelegde artikel van Kuijpers en Kiekens dat van dergelijke zuiver cosmetische of esthetische verrichtingen zelden sprake is. Echter, ook deze behandelingen behoren tot de "handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg" en vallen onder de werkingssfeer van artikelen 35 en 50 en verder Wmg.

Primair stelt verweerster zich op het standpunt dat ook behandelingen die zuiver een cosmetische of esthetisch doel hebben moeten worden beschouwd als handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg zoals bedoeld in artikel 1, eerste lid, Wet BIG. Het begrip "individuele gezondheidszorg" ziet op de zorg voor de individuele patiënt. Het gaat niet alleen om de directe curatieve zorg maar ook om al die activiteiten die gericht zijn op het voorkomen dat de gezondheid van een individu bedreigd of aangetast wordt. Orthodontische verrichtingen raken, ook als zij louter met een cosmetisch of esthetisch doel worden uitgevoerd, de gezondheid van een individu althans kunnen daarop van invloed zijn. In dit verband is van belang dat volgens vaste tuchtrechtspraak beroepsbeoefenaars ook voor verrichtingen met een louter cosmetisch of esthetisch doel onderworpen zijn aan het tuchtrecht zoals geregeld in de wet BIG. Uit artikel 47, eerste lid, Wet BIG volgt dat een tandarts (en een orthodontist is altijd tevens tandarts) onderworpen is aan tuchtrechtelijke normen die zien op de individuele gezondheidszorg. Uit de vaststaande toepasselijkheid van tuchtrecht op beroepsbeoefenaars die handelingen verrichten met een louter cosmetisch of esthetisch doel, volgt dat zij handelingen verrichten die hebben te gelden als handelingen op het gebied van de individuele gezondheidszorg.

Subsidiair stelt verweerster zich op het standpunt dat artikelen 35 en 50 en verder Wmg van toepassing zijn op grond van artikel 2, onder d, Bub, omdat het gaat om werkzaamheden van personen ingeschreven in een register als bedoeld in artikel 3 Wet BIG.

Dat, zoals appellanten in dit verband hebben aangevoerd, artikel 2, onder d, Bub onverbindend is omdat aan de Wmg niet de bevoegdheid kan worden ontleend categorisch werkzaamheden van BIG-geregistreerden aan te wijzen, acht verweerster niet juist.

De bevoegdheid van artikel 2, eerste lid, Wmg waarop het Bub is gebaseerd is algemeen geformuleerd en laat het geheel aan het oordeel van de lagere regelgever over in welke gevallen er grond is werkzaamheden aan te merken als zorg in de zin van de Wmg. Hierbij is van belang dat de wetgever heeft beoogd dat de werkingssfeer van de Wmg dezelfde is als die van de Wtg, ook al kent de Wmg een functiegerichte omschrijving van de werkingssfeer. Er is ook geen enkel aanknopingspunt voor de stelling dat de wetgever een beperktere werkingssfeer voor ogen heeft gestaan en er is ook in zoverre geen grond voor een beperkte uitleg van artikel 2, eerste lid, Wmg, zoals door appellanten voorgestaan. Zelfs als werkzaamheden niet of niet geheel liggen op het gebied van de individuele gezondheidszorg, is de lagere

wetgever blijktens de tekst van artikel 2, eerste lid, Wmg bevoegd die werkzaamheden als zorg aan te merken.

De wetgever heeft, anders dan appellanten kennelijk menen, kunnen oordelen dat de aanwijzing van personen omschreven in artikel 2, onder d, Bub noodzakelijk is voor een goede uitvoering van de wet. In de nota van toelichting op de wijziging van de Bub wordt dit voldoende draagkrachtig gemotiveerd. Voor zover het gaat om orthodontische behandeling moet hierbij mede in aanmerking worden genomen dat het niet gemakkelijk is om een (voldoende scherp) onderscheid te maken tussen behandelingen die een zuiver cosmetisch of esthetisch doel hebben en behandelingen die mede strekken tot herstel of bevordering van de (mond)gezondheid. De door appellanten overgelegde publicatie vormt daarvan een duidelijke illustratie. De meeste orthodontische behandelingen hebben mede een tandheelkundig doel, terwijl bovendien bij behandelingen met een louter cosmetisch of esthetisch doel complicaties kunnen ontstaan die om curatieve behandeling vragen. Het past daarom binnen de grenzen van een redelijke beleidsbepaling dat alle behandelingen zoals orthodontisten plegen te bieden onder de werkingssfeer van artikelen 35 en 50 en verder Wmg zijn gebracht, voor zover die behandelingen niet al op grond van artikel 1, onder b, 2 onder de werkingssfeer vallen.

De stelling van appellanten dat, nu de orgaangerichte benadering van de Wtg is vervangen door de functiegerichte benadering van de Wmg, de door de wetgever verlaten orgaangerichte benadering niet via een amvb mag worden teruggehaald, is niet juist. Artikel 2, eerste lid, Wmg biedt de bevoegdheid om onder de werkingssfeer van artikel 35 en 50 en verder Wmg te brengen "werkzaamheden van" personen of instellingen met een bepaalde kwalificatie. In de toelichting bij deze bepaling is in dit verband gewezen op de mogelijkheid om bijvoorbeeld huisartsenlaboratoria onder de werkingssfeer van de wet te brengen. De lagere regelgever is dus bevoegd tot uitbreiding van de werkingssfeer van de Wmg door in de amvb te verwijzen naar de kwalificaties van personen of instellingen. De uitoefening van die bevoegdheid is niet bij voorbaat beperkt tot bepaalde categorieën van personen of instellingen. De zinsnede in de toelichting bij artikel 2, eerste lid, Wmg dat de minister bij uitbreiding van de vormen van zorg waarop de Wmg van toepassing is, een aanwijzing geeft waaruit blijkt welke tariefsoort van toepassing is, is alleen van belang voor die gevallen waarin een vorm van zorg voorheen niet aan tariefregulering onderworpen was. Aangezien voor orthodontische zorg de tariefsoort vaststaat, was er in dit geval geen noodzaak een dergelijke aanwijzing te geven.

Voorts voeren appellanten aan dat artikel 2, eerste lid, Wmg "geen structurele uitbreidingen" van de werkingssfeer van de Wmg mogelijk maakt. Het gaat hier echter niet om een structurele uitbreiding maar om een verduidelijking. Afbakeningsproblemen worden vermeden door een regeling die buiten twijfel stelt dat werkzaamheden zoals orthodontisten verrichten onder de werkingssfeer van artikel 35 en 50 en verder Wmg vallen.

3.3 Ter zitting heeft verweerster het procesbelang van appellanten ter discussie gesteld. Verweerster heeft in dit verband opgemerkt dat indien de stelling van appellanten dat cosmetische orthodontische verrichtingen niet onder de werkingssfeer van de Wmg vallen juist is, het procesbelang van appellanten in deze procedure ontbreekt. Welk standpunt rechtens juist is, zal volgens verweerster kunnen blijken wanneer orthodontisten tarieven in rekening brengen die niet overeenkomen met de geldende tariefbeschikkingen, verweerster naar aanleiding daarvan handavingsmaatregelen treft en de rechter uiteindelijk over de rechtmatigheid van een dergelijke handavingsmaatregel beslist. In dat kader zou de beslissing moeten worden genomen over de toepasselijkheid van de Wmg op orthodontische verrichtingen zoals hier aan de orde.

4. Het standpunt van appellanten

4.1 Appellanten hebben in hun beroepschrift het volgende aangevoerd.

Buiten het zorgbegrip van artikel 1, eerste lid, Wmg vallen de zuiver cosmetische of esthetisch orthodontische verrichtingen, die er niet toe strekken de gezondheid van de persoon te bevorderen of te bewaken, de persoon van een ziekte te genezen of de persoon voor het ontstaan daarvan te behoeden. De tariefbeschikkingen hebben geen betrekking op dergelijke orthodontische verrichtingen. Appellanten verwijzen in dit verband naar objectieve criteria die zijn geformuleerd in de Index for Orthodontic

Treatment Need, die is beschreven in een door hun overgelegd artikel van M.A.R. Kuijpers en R.M.A. Kiekens in het Nederlands Tijdschrift voor Tandheelkunde (juni 2005). Aan de hand daarvan kan volgens appellanten worden vastgesteld bij welke behandelingen er geen sprake meer is van zorg maar van zuiver cosmetische of esthetische verrichtingen.

Het nieuwe onderdeel d van artikel 2, Bub waarmee de werkzaamheden van, onder meer, personen ingeschreven in een register als bedoeld in artikel 3 Wet BIG onder de werkingssfeer van de Wmg worden gebracht, is onverbindend.

Het categorisch aanwijzen van alle werkzaamheden verricht door BIG-geregistreerden in het kader van de beroepsuitoefening, gaat de wettelijke grenzen van artikel 2, eerste lid, Wmg te buiten. Hierdoor worden namelijk ook alle werkzaamheden van BIG-geregistreerden verricht in het kader van de beroepsuitoefening aangewezen die niet geheel of gedeeltelijk liggen op het gebied van de gezondheidszorg en die niet geheel of gedeeltelijk ten behoeve van de gezondheidszorg worden verricht. Dat is het geval bij de zuiver cosmetische of esthetische orthodontische behandelingen waar het hier om gaat.

Bovendien is niet duidelijk waarom deze categorische aanwijzing nodig is voor een goede uitvoering van de Wmg, met name niet waarom het voor een goede uitvoering van de Wmg noodzakelijk is om ook de zuiver cosmetische of esthetische orthodontische behandelingen onder de werkingssfeer van de Wmg te brengen.

Een belangrijk en principiële verschil tussen Wtg en Wmg is dat de orgaangerichte benadering is losgelaten ten gunste van een zorggerichte benadering. Dat blijkt uit de Wmg zelf maar is bovendien helder verwoord in de Memorie van Toelichting op de Wmg (p. 67). Niet alleen de tekst van artikel 2, eerste lid, Wmg, maar ook dit principiële verschil tussen de Wtg en Wmg verzet zich ertegen dat de door de wetgever verlaten orgaangerichte benadering via een daarvoor niet bedoelde amvb wordt teruggehaald. Uit de in de Memorie van Toelichting (p. 51) gegeven voorbeelden en de opmerking aldaar dat bij uitbreiding van de werkingssfeer een ministeriële aanwijzing van de tariefsoort nodig is, blijkt dat artikel 2, eerste lid, Wmg niet bedoeld is voor het terughalen van de orgaangerichte benadering.

Anders dan in de Nota van Toelichting bij de wijziging van het Bub is gesteld, maakt artikel 2, eerste lid, Wmg, geen structurele uitbreidingen van de toepassing van de Wmg mogelijk. Onjuist is ook de passage in de toelichting dat "delen van met name de derde compartimentszorg mogelijkwerijs en onbedoeld buiten de reikwijdte van de WMG vallen". Activiteiten die binnen het zorgbegrip vallen, vallen binnen de reikwijdte van de Wmg. Dat geldt ook voor de derde compartimentszorg. Anderzijds vallen activiteiten die buiten het zorgbegrip vallen, ook buiten de reikwijdte van de Wmg. Dat uitgangspunt is in de formele wet neergelegd. Van een omissie is geen sprake. Terecht is in de toelichting vermeld dat afbakeningsproblemen kunnen ontstaan en dat daarmee de handhaafbaarheid in het geding kan komen. Deze afbakeningproblemen liggen ten grondslag aan deze procedure. Er zijn meer formele wetten die door hun begrippen afbakeningsvragen oproepen waarbij de rechtszekerheid en de handhaafbaarheid in het geding is. Dat is geen rechtvaardiging voor het treffen van buitenwettelijke maatregelen. Afbakeningsproblemen kunnen ook op legale wijze worden opgelost, bijvoorbeeld door middel van het opnemen in de tariefbeschikkingen van voor zover mogelijk objectieve criteria aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of verrichtingen binnen of buiten het zorgbegrip c.q. de werkingssfeer van de tariefbeschikkingen vallen. Zuiver cosmetische en esthetische orthodontische behandelingen mogen op grond van de wet op de vrije markt worden aangeboden, en kunnen zonder wetswijziging niet onder de gereuleerde zorgmarkt worden gebracht.

Appellanten menen dat deze bezwaren tegen het Bub in deze procedure beoordeeld kunnen worden. De onverbindendheid van de wijziging van het Bub brengt namelijk mee dat het bestreden besluit een deugdelijke motivering ontbeert en dat opnieuw beslist moet worden op het bezwaar van appellanten dat vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en inzichtelijkheid voor zorgaanbieders, zorgverzekeraars en consumenten in de tariefbeschikkingen tot uiting moet worden gebracht dat deze geen betrekking hebben op orthodontische verrichtingen die vallen buiten het zorgbegrip, en dat de tariefbeschikkingen voor zover mogelijk objectieve criteria dienen te bevatten aan de hand waarvan kan worden vastgesteld of verrichtingen binnen dan wel buiten het zorgbegrip c.q. werkingssfeer van de tariefbeschikkingen vallen.

4.2 Ter zitting hebben appellanten gewezen op de omstandigheid dat allerlei behandelingen met een zuiver cosmetische karakter, zoals behandelingen van de kapper, schoonheidsspecialist en de tattoo-artiest buiten het bereik van de Wmg vallen, ondanks het functionele zorgbegrip. Dat roept volgens appellanten de vraag

op waarom orthodontische behandelingen met een zuiver cosmetisch karakter wel zouden kunnen worden aangemerkt als zorg in de zin van de Wmg. Voorts stellen appellanten dat de behandelingen van bovengenoemde dienstverleners, als zij een heelkundig karakter zouden hebben, op grond van artikel 36 Wet BIG uitsluitend door een arts zouden mogen worden uitgevoerd en dat bij zuiver cosmetische orthodontische behandelingen in het algemeen geen sprake is van voorbehouden handelingen in de zin van artikel 36 Wet BIG.

Het wettelijk domein van de tuchtrechtspraak onder de Wet BIG is niet gelijk aan het wettelijke zorgbegrip van de Wmg. Uit niets blijkt dat de wetgever het domein van de Wmg gelijk heeft willen stellen aan het domein van de tuchtrechtspraak. Dat ligt ook niet voor de hand, gelet op het verschil in oogmerk en rechterlijke competentie.

5. De beoordeling van het geschil

5.1 Het College overweegt naar aanleiding van het betoog van verweerster over het procesbelang van appellanten als volgt. In geval orthodontische behandelingen die uitsluitend een cosmetisch en esthetisch doel hebben (hierna aan te duiden als: zuiver cosmetische orthodontische behandelingen) niet vallen onder de reikwijdte van de tariefbepalingen van de Wmg, zoals appellanten bepleiten, zijn de tariefbeschikkingen in zoverre onbevoegd genomen. Reeds daarom hebben appellanten belang bij een inhoudelijke beoordeling van hun beroep. Het College voegt hier aan toe dat het instellen van rechtsmiddelen tegen door verweerster te nemen handhavingsmaatregelen, in welk kader de in de onderhavige procedure aan de orde zijnde vraag eveneens zou kunnen worden beantwoord, voor appellanten onevenredig bezwarend is.

5.2 Ter beantwoording ligt voor de vraag of verweerster zich terecht op het standpunt heeft gesteld dat de tariefbeschikkingen van 1 december 2006 en 11 december 2006 mede van toepassing zijn op door orthodontisten en tandartsen verrichte zuiver cosmetische orthodontische behandelingen. Het College beantwoordt deze vraag bevestigend en overweegt daartoe het volgende.

5.3 In het midden kan worden gelaten of zuiver cosmetische orthodontische behandelingen in alle gevallen als zorg in de zin van artikel 1, onder b, Wmg, moeten worden aangemerkt, zoals verweerster primair bepleit. Deze behandelingen zijn naar het oordeel van het College namelijk in ieder geval aan te merken als werkzaamheden die in artikel 2, onder d, Bub als zorg in de zin van de Wmg zijn aangewezen. Vast staat immers dat deze behandelingen worden verricht door personen die zijn ingeschreven in een register als bedoeld in artikel 3 Wet BIG orthodontisten of tandartsen en in het kader van hun beroepsuitoefening worden uitgevoerd. Daarmee voldoen deze behandelingen aan de omschrijving van de in artikel 2, onder d, Bub bedoelde werkzaamheden. De toelichting op de Wmg en het Bub biedt voorts geen aanknopingspunten voor het oordeel dat de wetgever heeft beoogd onderscheid te maken tussen zuiver cosmetische orthodontische behandelingen enerzijds en andere orthodontische behandelingen anderzijds, in die zin dat zuiver cosmetische orthodontische behandelingen in afwijking van het regime van de Wtg buiten de reikwijdte van de tariefbepalingen van de Wmg worden geplaatst. De toelichting op het Bub, waarin is vermeld dat uitgangspunt van dit besluit is dat zoveel mogelijk een naadloze overgang plaatsvindt van de Wtg naar de Wmg voor zover het gaat om de voortzetting van tarief en prestatieregulering, wijst juist op het tegendeel. Daarnaast blijkt uit de toelichting bij de wijziging van artikel 2 Bub, waarbij onderdeel d is ingevoegd, dat met de invoering van deze bepaling is beoogd om afbakeningsproblemen te voorkomen of op te lossen, die zijn ontstaan door de overgang van de Wtg naar de Wmg en de definities gehanteerd in de Wet BIG, waardoor delen van de zorg uit het derde compartiment onbedoeld buiten de werkingssfeer van de Wmg zouden vallen. Ook dat ondersteunt het oordeel dat artikel 2, onder d, Bub (mede) ziet op cosmetische orthodontische behandelingen. Anderzijds ontbreken aanwijzingen voor de opvatting van appellanten dat in weerwil hiervan de wetgever juist deze behandelingen niet langer onder de tariefregulering heeft willen laten vallen.

5.4 Ten aanzien van het betoog van appellanten dat artikel 2, onder d, Bub onverbindend is overweegt het College als volgt.

Op grond van artikel 2, eerste lid, Wmg kunnen, indien dat voor een goede uitvoering van deze wet nodig is, werkzaamheden die geheel of gedeeltelijk liggen op het gebied van de gezondheidszorg bij algemene

maatregel van bestuur worden aangewezen als zorg in de zin van deze wet. Zoals hiervoor is overwogen is artikel 2, onder d, Bub ingevoerd om afbakeningsproblemen bij de toepassing van de Wmg te voorkomen of op te lossen die onbedoeld zijn ontstaan bij de overgang van de Wtg naar de Wmg. Naar het oordeel van het College is artikel 2, onder d, Bub voor zover deze bepaling, zoals in de onderhavige procedure aan de orde is, tot gevolg heeft dat ook zuiver cosmetische orthodontische behandelingen onder het bereik van de Wmg worden gebracht geschikt om deze doelstelling te bereiken. Deze bepaling stelt immers zeker dat ook orthodontische behandelingen die zich moeilijk laten afbakenen van orthodontische behandelingen die ertoe strekken de gezondheid te bevorderen of bewaken, als zorg in de zin van de Wmg worden aangewezen. Het College betreft daarbij dat het maken van een scherp onderscheid tussen zuiver cosmetische orthodontische behandelingen en andere orthodontische behandelingen in de praktijk niet goed mogelijk is. Allereerst wordt, zoals wordt beschreven in vernoemde publicatie van Kuijpers en Kiekens, de orthodontische behandelbehoefte in veel gevallen bepaald door een combinatie van tandheelkundige en cosmetische motieven. Daarnaast kunnen behandelingen waarvoor het motief zuiver cosmetisch is ten gevolge van het verloop (mede) een curatief karakter krijgen.

Mede in aanmerking nemend dat, zoals hiervoor overwogen, aanwijzingen ontbreken dat de wetgever zuiver cosmetische orthodontische behandelingen niet langer onder de tariefregulering heeft willen laten vallen, zorgt artikel 2, onder d, Bub, er aldus voor dat afbakeningsproblemen bij de tariefregulering van orthodontische behandelingen worden voorkomen en draagt daarmee bij aan een goede uitvoering van de Wmg. Voor het oordeel dat deze bepaling, in het licht van hetgeen door appellanten is aangevoerd, onverbindend is, ziet het College dan ook geen aanleiding.

5.5 Gelet op het vorenstaande heeft verweerder zich terecht op het standpunt gesteld dat de tariefbeschikkingen van 1 december 2006 en 11 december 2006 mede betrekking hebben op zuiver cosmetische orthodontische behandelingen. Hetgeen door appellanten overigens is aangevoerd, leidt het College niet tot een ander oordeel.

5.6 Het beroep is ongegrond. Het College acht geen termen aanwezig voor een proceskostenveroordeling met toepassing van artikel 8:75 Awb.

6. De beslissing

Het College verklaart het beroep ongegrond.

Aldus gewezen door mr. E. Dijt, mr. H.A.B van Dorst-Tatomir en mr. M. van Duuren in tegenwoordigheid van mr. A. Bruining als griffier, en uitgesproken in het openbaar op 17 december 2010

w.g. E. Dijt w.g. A. Bruining