

BESLISSING OP BEZWAAR

– openbare versie –

Kenmerk
400704-1049443**Pagina**
1 van 18

Inzake: gedeeltelijk gegrond bezwaar tegen een publicatiebesluit van een waarschuwing

Inleiding

1. Bij brief van 7 juli 2021, door de Nederlandse Zorgautoriteit (hierna: NZa) ontvangen op dezelfde dag, heeft [X] (hierna: [X] of bezwaarde) bezwaar gemaakt tegen het publicatiebesluit van 24 juni 2021 met kenmerk 336801-853927 (hierna: publicatiebesluit of bestreden besluit) van een waarschuwing van 18 december 2020 (hierna: waarschuwing) vanwege het overtreden van artikel 35 en 36 van de Wet marktordening gezondheidszorg (hierna: Wmg).
2. Tenzij in onderhavig besluit anders wordt vermeld, wordt onder de waarschuwing tevens begrepen het bijbehorende persbericht.

Voorlopige voorziening

3. Op 8 juli 2021 heeft [X] tevens een verzoek om een voorlopige voorziening ingediend bij Rechtbank Gelderland waarin [X] zich verzet tegen publicatie van de waarschuwing.
4. Na telefonisch overleg op 8 juli 2021 met de gemachtigde van [X], [VERTROUWELIJK], heeft de NZa bij e-mail van 8 juli 2021 toegezegd dat publicatie van de waarschuwing is geschorst tot minimaal tien werkdagen nadat de beslissing op het bezwaar aan [X] is bekendgemaakt. Dit is bij brief van 13 juli 2021 nogmaals bevestigd.¹ In deze brief is tevens de ontvangst van het bezwaarschrift (met gronden) bevestigd.
5. Daarop heeft bezwaarde het verzoek om een voorlopige voorziening ingetrokken. Dit is op 9 juli 2021 door Rechtbank Gelderland bevestigd, waarmee de voorlopige voorzieningenprocedure is beëindigd.

Procedure

6. De NZa heeft telefonisch op 15 en 16 juli 2021 en bij e-mails van 16 juli 2021 en 2 augustus 2021 met bezwaarmaker gesproken over het voorstel van [X] om de waarschuwing te publiceren zonder tot de onderneming herleidbare gegevens. Na raadpleging van de toezichtdirectie is de NZa hiertoe niet overgegaan omdat de toezichtdirectie op grond van de eerder (in het bestreden besluit) afgewogen belangen geen reden ziet om af te zien van publicatie van de waarschuwing op naam.
7. Naar aanleiding van dit bezwaar is [X] bij brief van 26 augustus 2021 uitgenodigd voor een hoorzitting.² Op 20 oktober 2021 heeft een (fysieke) hoorzitting plaatsgevonden waarbij bezwaarde een mondelinge zienswijze naar voren heeft gebracht.

¹ Brief van de NZa van 13 juli 2021, met kenmerk 400704-901052.

² Brief van de NZa van 26 augustus 2021, met kenmerk 400704-949977.

8. Bij brief van 9 september 2021 heeft de NZa de beslistermijn met toepassing van artikel 7:10, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) verdaagd.³
9. De directeur Bedrijfsvoering & Bestuursondersteuning van de NZa is bevoegd om namens de NZa te beslissen op het bezwaarschrift.⁴
10. Op 21 december 2021 heeft de NZa het bestreden besluit in heroverweging genomen. De NZa heeft besloten dat deels tegemoet kan worden gekomen aan de bezwaren van [X]. De NZa herroept om die reden het besluit van 24 juni 2021 met kenmerk 336801-853927 voor zover dat besluit ziet op publicatie van de naam van de onderneming in de waarschuwing van 18 december 2020. Voor het overige blijft het besluit in stand.
11. Hieronder volgt, na het juridisch kader en een korte weergave van de totstandkoming van het (bestreden) publicatiebesluit, de aangevoerde bezwaren en zienswijze van [X], de motivering daarvan.

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
2 van 18

RELEVANTE WET- EN REGELGEVING

12. De NZa is op grond van artikel 16 van de Wmg belast met onder meer markttoezicht, marktontwikkeling en tarief- en prestatieregulering, op het terrein van de gezondheidszorg. Hieronder valt het toezicht op artikel 35 en artikel 36 van de Wmg.
13. De NZa heeft [X] een waarschuwing gegeven voor het overtreden van de artikelen 35 en 36 van de Wmg.
14. Artikel 35 van de Wmg bepaalt dat het een zorgaanbieder is verboden om tarieven voor prestaties in rekening te brengen die niet conform de Wmg tot stand zijn gekomen.
15. Artikel 36 van de Wmg bepaalt dat zorgaanbieders een administratie moeten voeren waaruit in ieder geval de overeengekomen en geleverde prestaties blijken, alsmede wanneer die prestaties en aan welke patiënt zijn geleverd.
16. De definitie van 'zorgaanbieder' is opgenomen in artikel 1, eerste lid, sub c, van de Wmg, dat luidt:
"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°;"
17. Op grond van artikel 8, eerste lid, van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) heeft de NZa besloten de waarschuwing openbaar te maken.

³ Brief van de NZa van 9 september 2021, met kenmerk 400704-975493.

⁴ Op grond van het Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging NZa.

18. Artikel 8, eerst lid, van de Wob luidt: Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschaft uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.
19. Bij de openbaarmaking van informatie op grond van artikel 8 van de Wob past de NZa de absolute en relatieve uitzonderingsgronden toe, opgenomen in artikel 10 en 11 van de Wob.
20. Voor zover relevant luidt artikel 10, tweede lid, aanhef en onderdeel g, van de Wob: "Het verstrekken van informatie ingevolge deze wet blijft eveneens achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden."
21. Naast informatie die de NZa op grond van artikel 8 van de Wob uit eigen beweging openbaar maakt, is de NZa op grond van artikel 20 van de Wmg bevoegd om informatie openbaar te maken.
22. Artikel 20 van de Wmg luidt (voor zover relevant):
- "1. De zorgautoriteit:
- a. geeft voorlichting omtrent de inhoud van haar regels, beleidsregels, beschikkingen en besluiten en ten algemene over de uitvoering van haar taken;
 - b. stelt alle naar haar oordeel relevante informatie over regels, beleidsregels, beschikkingen en besluiten beschikbaar op internet;
- (...)
2. Het eerste en tweede lid zijn niet van toepassing op besluiten en beschikkingen van de zorgautoriteit ter uitvoering van hoofdstuk 6 (handhaving).
23. Voor deze beslissing op bezwaar zijn de volgende beleidsregels relevant:
- beleidsregel TH/BR-016, Handhaving (hierna: beleidsregel Handhaving); en
 - beleidsregel BR/AL-0033 openbaarmaking handhavingsbesluiten, Wob-besluiten en beslissingen op bezwaar (hierna: beleidsregel Openbaarmaking).

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
3 van 18

TOTSTANDKOMING BESTREDEN BEZWAAR (PUBLICATIEBESLUIT)

Inleiding

24. De NZa heeft op 24 juni 2021 een publicatiebesluit genomen betreffende een aan [X] gegeven waarschuwing voor het overtreden van de Wmg.
25. Voordat de NZa hierna ingaat op de feiten en omstandigheden die ten grondslag liggen aan het publicatiebesluit, wordt eerst kort ingegaan op de waarschuwing.

Aanleiding waarschuwing

26. Aanleiding voor de NZa om een onderzoek te starten naar [X] was een ontvangen signaal over de vergoeding van een nieuwe behandeling van artrose door middel van kniedistractie (hierna: behandeling) tijdens een klinische trial. Dit is een alternatieve behandeling van artrose in de knie die erop is gericht het plaatsen van een knieprothese uit te stellen en zodoende op termijn een (ingrijpende) revisieoperatie te voorkomen.

Kenmerk

400704-1049443

Pagina

4 van 18

Informatieverzoek

27. Bij brief van 25 juli 2019 heeft de NZa informatie bij [X] opgevraagd over de bekostiging van de behandeling, mogelijke afspraken met zorgverzekeraars over declaratie van de behandeling en mogelijk getroffen beheersmaatregelen.⁵
28. [X] heeft bij brief van 22 augustus 2019 verklaard dat de behandeling ten laste kwam van het reguliere zorgbudget⁶, dat over het uitvoeren van de nieuwe behandeling met de zorgverzekeraars open werd gecommuniceerd en dat de beheersmaatregel niet binnen de scope van Horizontaal Toezicht viel. [X] sprak de overtuiging uit dat de behandeling voldeed aan de stand van de wetenschap en praktijk.

Voornemen aanwijzing

29. Bij brief van 18 februari 2020 heeft de NZa laten weten voornemens te zijn [X] een aanwijzing te geven voor het overtreden van de artikelen 35 en 36 van de Wmg.⁷
30. De overtreding zou volgens de NZa hebben bestaan uit registratie van naar een (declarabel) zorgproduct afgeleide zorgactiviteiten die bij de behandeling niet hebben plaatsgevonden. Hiermee zou een presentatie in rekening zijn gebracht waarvoor een andere prestatiebeschrijving wordt gehanteerd. Dit is in strijd met artikel 35, eerste lid, onder d, van de Wmg.
31. Daarnaast zou [X] in strijd hebben gehandeld met artikel 36, eerste lid, van de Wmg omdat [X] zorgactiviteiten zou hebben geregistreerd die niet als zodanig zijn uitgevoerd.
32. Daarbij komt dat [X] de behandeling heeft gedeclareerd als zorg die valt in het basispakket terwijl volgens de NZa niet voldaan werd aan de stand van de wetenschap en praktijk.
33. Voorts heeft de verzekerde slechts recht op een vorm van zorg voor zover hij daarop naar inhoud en omvang redelijkerwijs is aangewezen (artikel 2.1, derde lid, van het Besluit zorgverzekering).
34. Het voornemen tot aanwijzing hield in dat de geconstateerde overtredingen per direct moesten worden beëindigd.

⁵ Brief van de NZa van 25 juli 2019, met kenmerk 336801-522402.

⁶ [X] heeft bij de registratie gezocht naar zorgactiviteiten die zo goed mogelijk aansluiten bij de behandeling met de kniedistractor. Deze zorgactiviteiten hebben geleid tot een zorgproduct met declaratiecodes.

⁷ Brief van de NZa van 18 februari 2020, met kenmerk 336801-566674.

35. Voor zover [X] de geleverde zorg ten onrechte als zorg vallend onder de dekking van de basisverzekering declareert, is het aan de zorgverzekeraar om te beslissen hoe om te gaan met declaraties die zijn ingediend voordat de duiding van het Zorginstituut Nederland (hierna: ZIN) is gepubliceerd en rechtsgeldig is geworden.
36. [X] heeft bij brief van 17 maart 2020 verklaard dat zij naar aanleiding van het onderzoek van de NZa is gestopt met de behandeling. Wanneer [X] in de toekomst de behandeling opnieuw gaat uitvoeren, zal [X] beoordelen of de behandeling kan worden opgenomen in de behandelpaden van [X]. Daarbij zal het uitgangspunt zijn dat de behandeling voldoet aan de stand van de wetenschap en praktijk (vanuit het ZIN) en dat rechtmatige registratievoorwaarden aanwezig zijn.
37. Daarnaast heeft [X] met zorgverzekeraars contact opgenomen om afspraken te maken over het corrigeren van reeds gedeclareerde DBC-subtrajecten.

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
5 van 18

Vertraging onderzoek NZa

38. Vanwege de ontwikkelingen rondom COVID-19 heeft het onderzoek vervolgens tijdelijk stil gelegen.

Standpunt ZIN

39. Op 28 oktober 2020 heeft het ZIN een standpunt betreffende de behandeling uitgebracht hetgeen luidde dat de behandeling voor de onderzochte groep patiënten niet voldoet aan de stand van de wetenschap en praktijk en niet in aanmerking komt voor vergoeding uit het basispakket.⁸

Waarschuwing

40. Bij brief van 18 december 2020 heeft de NZa géén aanwijzing maar een waarschuwing gegeven aan [X] voor het overtreden van de artikelen 35 en 36 van de Wmg. Tijdens de hoorzitting van 20 oktober 2021⁹ heeft de toezichtdirectie aangegeven dat er is gekozen voor een waarschuwing (en dus geen aanwijzing) omdat de overtreding reeds was gestopt. De toezichtdirectie vond het echter wel van belang om een signaal af te geven dat deze manier van declareren niet juist is. Daardoor is de toezichtdirectie uitgekomen bij een informele maatregel: een waarschuwing.
41. Deze waarschuwing houdt in dat als de NZa constateert dat [X] de administratie- en declaratievoorschriften bij het registreren en declareren van een nieuwe behandeling binnen twee jaar opnieuw overtreedt, de NZa zwaardere maatregelen kan treffen, zoals een bestuurlijke boete.
42. De motivering van de waarschuwing is gelijkloidend aan de onderbouwing van de aanwijzing en wordt hier daarom niet herhaald (zie randnummer 29 en verder).

⁸ <https://www.zorginstituutnederland.nl/actueel/nieuws/2020/11/02/kniedistractie-nog-geen-verzekerde-zorg> en

<https://www.zorginstituutnederland.nl/publicaties/standpunten/2020/10/28/standpunt-kniedistractie-bij-volwassen-patienten-jonger-dan-65-jaar-met-end-stage-knieartrose>

⁹ Verslag van de hoorzitting van 20 oktober 2021, bijlage 3 bij dit besluit.

43. De NZa is in de waarschuwing verder van oordeel dat [X] zich meewerkend heeft opgesteld door:
- te erkennen dat er een fout is gemaakt in het registreren en declareren van zorg;
 - de overtreding te beëindigen;
 - afspraken te maken met zorgverzekeraars over hoe de fout moet worden gecorrigeerd.
44. Op grond van artikel 88 en 89 van de Zorgverzekeringswet (hierna: Zvw) zal de NZa de waarschuwing met zorgverzekeraars delen.

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
6 van 18

Publicatiebesluit (bestreden besluit)

45. Bij brief van 18 december 2020 heeft de NZa naast de waarschuwing tevens een voornemen tot openbaarmaking van deze waarschuwing uitgebracht.¹⁰
46. Bij brief van 29 januari 2021 heeft [X] op dit voornemen gereageerd met een zienswijze.
47. Kort samengevat zag het bezwaar van [X] tegen het voornemen om de waarschuwing openbaar te maken op de volgende punten:
- er mist een goede grondslag/basis voor publicatie van de waarschuwing en het persbericht in de beleidsregel Handhaving en in de beleidsregel Openbaarmaking;
 - publicatie als informeel handhavingsmiddel zou in onderhavig geval niet ingezet moeten worden op grond van de beleidsregel Handhaving;
 - er is geen grondslag voor publicatie van de naam van de onderneming omdat daar geen van de in de beleidsregel Handhaving gestelde doelen mee wordt behaald;
 - artikel 10, tweede lid, onderdeel g, van de Wob verzet zich tegen publicatie van de naam van de onderneming, omdat reputatieschade door publicatie zwaarder zou wegen dan de maatschappelijke belangen beoogd met publicatie.
48. Bij e-mail van 31 mei 2021 heeft de NZa na overleg met [X] aangegeven dat in het bij de waarschuwing behorende persbericht de namen van de ondernemingen die het betreft (waaronder [X]) verwijderd worden.
49. Met inachtneming van de zienswijze van [X] heeft de NZa op grond van artikel 8 van de Wob bij besluit van 24 juni 2021 besloten de waarschuwing ter openbare kennis te brengen.
50. Bij de openbaarmaking van informatie past de NZa de absolute en relatieve uitzonderingsgronden toe, zoals opgenomen in artikel 10 en 11 van de Wob.
51. De NZa somt in het bestreden besluit verschillende redenen op waarom openbaarmaking gerechtvaardigd is:
- belanghebbenden van dezelfde informatie voorzien als de toezichthouder waardoor geïnformeerde keuzes kunnen worden gemaakt en goede werking van de zorgmarkt wordt bevorderd;

¹⁰ Brief van de NZa van 18 december 2020, met kenmerk 336801-600115.

- b. aanvaarding van het toezicht bij het brede publiek (algemene vraag om meer openheid over toezichtgegevens en effect op naleving); en
- c. vertrouwen van consument in handelen NZa vergroten door inzicht te verschaffen in het functioneren als toezichthouder.
52. Na afweging van deze belangen en de belangen van [X], trekt de NZa in het bestreden besluit de conclusie dat de openbaar te maken informatie recht doet aan de feitelijke situatie. Voor zover er sprake is van enig nadeel dat uit de openbaarmaking voortkomt, kan dat niet worden aangemerkt als onevenredig, zoals bedoeld in artikel 10, tweede lid, aanhef en onderdeel g, van de Wob.
53. De NZa komt in het bestreden besluit tot deze conclusie op grond van het volgende oordeel: zoals in randnummer 51 toegelicht dient de openbaarmaking het algemeen belang dat bestaat uit (1) het informeren van consumenten, zorgaanbieders en zorgverzekeraars, (2) het verhogen van het nalevingsniveau door zorgaanbieders en zorgverzekeraars en (3) het bijdragen aan een transparante overheid teneinde publieke controle mogelijk te maken.
54. Volgens vaste jurisprudentie moet aan het algemeen belang een groot gewicht worden toegekend.¹¹
55. Dit algemene belang van openbaarmaking dient afgewogen te worden tegen het belang van [X] geen onevenredig nadeel te lijden als gevolg van die openbaarmaking.
56. De NZa is in het bestreden besluit van oordeel dat sprake is van een economisch belang dat wordt gediend met het openbaar maken van de waarschuwing. Burgers en andere zorgaanbieders worden zo geïnformeerd over het bestaan van de geldende regels voor het declareren van de betreffende innovatieve behandelmethodes en het feit dat deze ook gehandhaafd worden. Hierdoor zullen de regels beter worden nageleefd, hetgeen in het belang is van de (goede) werking van het zorgstelsel en kan bijdragen aan de betaalbaarheid van de zorg.
57. De NZa heeft gekozen voor de informele maatregel van de waarschuwing in plaats van een zwaarder middel, zoals het opleggen van een aanwijzing, last onder dwangsom of bestuurlijke boete.
58. De NZa is in het bestreden besluit van oordeel dat [X] niet aannemelijk heeft gemaakt dat openbaarmaking van de naam van de onderneming tot zodanige schade zal leiden voor [X] dat sprake is van onevenredige benadeling.
59. De waarschuwing doet namelijk inhoudelijk recht aan zowel de geconstateerde overtreding, als aan de inspanningen van [X] om de overtreding te herstellen en herhaling in de toekomst te voorkomen.

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
7 van 18

¹¹ Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State, 10 november 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BO3468.

60. In de waarschuwing is door de NZa benadrukt dat [X] na het bekend worden met de overtreding, zich meewerkend heeft opgesteld door te erkennen dat er een fout is gemaakt in het registreren en declareren van zorg, door de overtreding te beëindigen en door afspraken te maken met zorgverzekeraars over hoe de fout moet worden gecorrigeerd.

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
8 van 18

DE AANGEVOERDE BEZWAREN

Algemeen

61. [X] kan zich niet verenigen met het publicatiebesluit en voert hiervoor de volgende drie bezwaargronden aan:
- I. het publicatiebesluit is in strijd met het openbaarmakings- en handhavingsbeleid van de NZa;
 - II. de NZa heeft het belang van [X] bij het voorkomen van reputatieschade onvoldoende, althans op onjuiste wijze meegewogen in het publicatiebesluit en het is daarmee in strijd met artikel 10, tweede lid, onderdeel g, van de Wob;
 - III. de NZa heeft op inconsistente wijze uitvoering gegeven aan de bevoegdheid tot actieve openbaarmaking van de naam van de onderneming.
62. Tevens verzoekt bezwaarde om een vergoeding van de proceskosten die in het kader van deze bezwaarprocedure zijn gemaakt.

Ad I. Publicatiebesluit in strijd met beleid NZa

63. Volgens bezwaarde is het publicatiebesluit zowel in strijd met de beleidsregel Openbaarmaking als met de beleidsregel Handhaving.

Strijd met beleidsregel Openbaarmaking

64. Volgens bezwaarde kan de NZa geen waarschuwing publiceren op grond van artikel 8 van de Wob, omdat de NZa haar publicatiebevoegdheid heeft gebonden via de beleidsregel Openbaarmaking.
65. Op basis van de beleidsregel Openbaarmaking kan de NZa uitsluitend handhavingsbesluiten, besluiten in reactie op Wob-verzoeken en beslissingen op bezwaar publiceren.
66. De NZa heeft er volgens bezwaarde via deze beleidsregel voor gekozen om (uitsluitend) via deze categorieën besluiten informatie over haar beleid en de uitvoering publiek te maken.
67. Waarschuwingen vallen niet onder een van deze categorieën.

Strijd met beleidsregel Handhaving

68. Bezwaarde stelt dat op grond van de beleidsregel Handhaving het publicatiebesluit een vorm van informele handhaving is.
69. Op grond van deze beleidsregel treedt de NZa pas handhavend op indien (1) dit in het belang is van de (goede) werking van het zorgstelsel, (2) het consumentenbelang daarmee gediend is, (3) er sprake is van een zwaarwegend economisch belang en (4) de overtreding tot grote maatschappelijke onrust leidt.

70. Bezwaarde stelt zich op het standpunt dat de NZa, mede door niet in te gaan op de specifieke situatie en de feiten en omstandigheden van het concrete geval, niet op overtuigende wijze aannemelijk heeft gemaakt dat aan deze criteria is voldaan.
71. Volgens bezwaarde is niet aan bovenstaande criteria voldaan, omdat de geconstateerde overtreding (zeer) gering van aard en betekenis is. Het gaat om een vergissing, die zodra [X] daarvan op de hoogte was, is gemeld bij de zorgverzekeraar. Tevens zijn de nota's hersteld. Er is geen sprake van een zwaarwegend economisch belang of grote maatschappelijke onrust die publicatie rechtvaardigt.
72. Ook valt niet in te zien dat en waarom het consumentenbelang gediend is bij deze publicatie. Dat handhavend wordt opgetreden ter zake van registratie- en declaratieregels is immers al bekend door berichten over formele handhavingsmaatregelen.
73. Uit de beleidsregel Handhaving volgt dat het noemen van namen in handhavingsbesluiten onder meer tot doel kan hebben transparant te zijn over het optreden van de NZa, het gedrag van de overtreder te veranderen en consumenten te helpen bij de keuze voor een marktpartij. Per geval wordt afgewogen of daarmee de werking van het stelsel of het consumentenbelang gediend wordt.
74. Bezwaarde stelt dat [X] gestopt is met de bewuste behandeling en dus ook met de declaratie hiervan. Verder is er geen enkele reden om aan te nemen dat [X] in de toekomst in strijd zal handelen met de regels nu [X] nimmer deze intentie heeft gehad.
75. Daar [X] de behandeling niet meer uitvoert valt niet in te zien waarom het noemen van de naam van de onderneming consumenten zou helpen bij de keuze voor een bepaalde zorgaanbieder. Volgens bezwaarde bestaat de aanmerkelijke kans dat publicatie van de naam van de onderneming ertoe zal leiden dat consumenten een onjuist beeld krijgen van [X].
76. Bezwaarde concludeert dat publicatie van de naam van de onderneming in dit geval in strijd is met de beleidsregel Handhaving.
- Ad II. Publicatiebesluit in strijd met Wob*
77. Volgens bezwaarde is het vermelden van de naam van de onderneming in de waarschuwing in strijd met artikel 10, tweede lid, onderdeel g, van de Wob.
78. Bezwaarde stelt dat het bestreden besluit niet motiveert waarom het belang dat met publicatie van de naam is gediend zwaarder weegt dan het belang dat [X] heeft bij het voorkomen van reputatieschade.

79. Bezwaarde wijst erop dat reputatieschade voor [X] eruit bestaat dat:
- diverse media met een groot bereik (o.a. Skipr, Medisch Contact, Zorgvisie) via hun websites en nieuwsbrieven melding maken van door NZa ingezette handhavingsacties;
 - context in de berichtgeving waarschijnlijk verloren gaat;
 - bij veel mensen een verkeerd beeld van de situatie en daarmee van [X] zal ontstaan.
80. Volgens bezwaarde heeft de NZa het bovenstaande niet meegewogen in het publicatiebesluit dat daarmee onzorgvuldig tot stand is gekomen.

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
10 van 18

Ad 3. Inconsistente uitvoering bevoegdheid openbaarmaking naam

81. Bezwaarde is tot slot van mening dat de NZa handelt in strijd met het consistentiebeginsel door de naam van de onderneming wel uit het persbericht te verwijderen, maar niet uit de waarschuwing.
82. De volgens bezwaarde door de NZa gedane mededeling dat documenten op het documentenplatform (waarop de waarschuwing zou worden gepubliceerd) vaak niet bekeken worden, overtuigt niet, omdat veel bedrijven, adviseurs en journalisten werken met attenderingen, bijvoorbeeld Google alerts.
83. Bovendien doet volgens bezwaarde het standpunt van de NZa afbreuk aan het feit dat het bestuursorgaan te allen tijde gehouden is consistent te handelen.
84. Op de hoorzitting van 20 oktober 2021 heeft bezwaarde verder het volgende aangegeven:
- [X] heeft contact gehad met de zorgverzekeraars over de financiële afwikkeling vanwege de onterechte declaraties. Er zijn *lump sum* bedragen berekend per zorgverzekeraar, die worden teruggestort. Het gaat om 34 patiënten, dat is ongeveer 0,1 procent van de jaarlijkse omzet;
 - Het bezwaarschrift richt zich zowel tegen de publicatie van de waarschuwing en het begeleidende persbericht an sich, als tegen de vermelding van de naam in de waarschuwing en in het begeleidende persbericht;
 - Besluiten en mededelingen waar geen grondslag voor bestaat in de Wmg en besluiten en mededelingen die buiten de reikwijdte vallen van de beleidsregel Openbaarmaking, kunnen door de NZa niet gepubliceerd worden;
 - Voorafgaand aan publicatie rijst de vraag of er in dit geval prioriteit in de handhaving (zijnde publicatie van de waarschuwing) gegeven had moeten worden, aangezien de vier criteria genoemd in de beleidsregel Handhaving is in het belang van een (goede) werking van het zorgstelsel, het dienen van het consumentenbelang, er is sprake van een zwaarwegend economisch belang en/of de overtreding leidt tot grote maatschappelijke onrust), volgens bezwaarde niet van toepassing zijn;

- e. Het bevreemdt bezwaarde dat de toezichthouder aangeeft dat er geen onderbouwing is aangedragen voor het feit dat er reputatieschade voor [X] zou kunnen zijn en dat deze reputatieschade minder zwaar weegt dan het algemeen belang van openbaarmaking, omdat algemeen bekend is dat een negatieve boodschap ([X] heeft een overtreding begaan) langer doorklinkt dan de positieve boodschap ([X] is gestopt met de overtreding en heeft meegewerkt aan het onderzoek).

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
11 van 18

OORDEEL NZa

Grondslag publicatie waarschuwing

85. De NZa is op grond van de Wmg en de Wob bevoegd om besluiten die zij neemt openbaar te maken.

Wmg

86. Ingevolge artikel 20, eerste lid, van de Wmg geeft de NZa voorlichting omtrent de inhoud van haar regels, beleidsregels, beschikkingen en besluiten en ten algemene over de uitvoering van haar taken.
87. Op grond van het derde lid van artikel 20 van de Wmg geldt dit niet voor besluiten en beschikkingen ter uitvoering van hoofdstuk 6 van de Wmg.
88. Hoofdstuk 6 van de Wmg ziet specifiek op handhaving, in het bijzonder de aanwijzing, bestuursdwang, de last onder dwangsom en de bestuurlijke boete.
89. Het bestreden besluit betreft de publicatie van een *waarschuwing*. Deze waarschuwing is geen besluit in de zin van de Awb. Er is in dit geval namelijk geen wettelijke basis om de waarschuwing op te leggen, de waarschuwing is geen voorwaarde voor het opleggen van een sanctie, de waarschuwing heeft geen gevolg voor toekomstige vergelijkbare gedragingen, het betreft slechts een constatering van een overtreding en er treedt geen verandering op in de rechtspositie van bezwaarde.
90. Hoofdstuk 6 van de Wmg ziet op besluiten en beschikkingen. Omdat de gegeven waarschuwing geen besluit is, ziet hoofdstuk 6 van de Wmg dus niet op deze waarschuwing.
91. De NZa is daarom van oordeel dat artikel 20 van de Wmg geen grondslag biedt voor publicatie van de waarschuwing, niet omdat handhavingsbesluiten van deze verplichting worden uitgesloten, maar omdat de waarschuwing géén besluit is.
92. Overigens dient de NZa op grond van artikel 20 van de Wmg voorlichting te geven *ten algemene over de uitvoering van haar taken*, maar deze verplichting gaat naar het oordeel van de NZa niet zover dat dit een grondslag biedt voor het publiceren van een specifieke waarschuwing die ziet op één zorgaanbieder.

93. Beleid NZa en de Wob

Ingevolge artikel 8 van de Wob verschaft het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat (in dit geval de NZa) uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.

Kenmerk

400704-1049443

Pagina

12 van 18

94. Volgens bezwaarde kan de NZa geen waarschuwing publiceren op grond van artikel 8 van de Wob, omdat de NZa deze bevoegdheid heeft gebonden via de beleidsregel Openbaarmaking.

95. De gebondenheid leidt bezwaarde af uit de omstandigheid dat op grond van de beleidsregel Openbaarmaking de NZa uitsluitend handhavingsbesluiten (als bedoeld in hoofdstuk 6 van de Wmg), besluiten in reactie op Wob-verzoeken en beslissingen op bezwaar kan publiceren. Waarschuwingen vallen niet onder één van deze categorieën.

96. De NZa volgt deze redenering van bezwaarde niet. Anders dan bezwaarde stelt, heeft de NZa er niet voor gekozen om *uitsluitend* via deze categorieën besluiten informatie over haar beleid en de uitvoering publiek te maken. Dit blijkt evident uit de reikwijdte van de beleidsregel Openbaarmaking. De reikwijdte van de beleidsregel Openbaarmaking *beperkt zich* in artikel 1 tot de vermelde drie categorieën. Met andere woorden: voor deze drie categorieën heeft de NZa met betrekking tot openbaarmaking regels opgesteld die haar als bestuursorgaan binden jegens burgers en bedrijven. Publicatie van besluiten, informatie en mededelingen (zoals waarschuwingen) die niet vallen onder één van deze categorieën worden dus juist *niet geregeld* door de beleidsregel Openbaarmaking.

97. De NZa acht het bezwaar op dit punt ongegrond.

Handhaving

98. De beleidsregel Handhaving beschrijft het beleid voor de inzet van de instrumenten voor het handhavend optreden bij een overtreding. Indien bijzondere omstandigheden in het concrete geval van een overtreding daartoe aanleiding geven, kan de NZa hiervan afwijken. De NZa wil voor de buitenwereld zichtbaar optreden als een strenge doch rechtvaardige toezichthouder. Deze beleidsregel geeft daarvoor de uitgangspunten weer.

99. In de beleidsregel Handhaving is opgenomen dat in de gevallen (van publicatie) waarin de Wmg niet voorziet, de Wob als grondslag dient. Daarbij wordt specifiek verwezen naar de mogelijkheid van actieve openbaarmaking ingevolge artikel 8 van de Wob.

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
13 van 18

100. Bezwaarde meent dat onderhavige publicatie van de waarschuwing in strijd is met de beleidsregel Handhaving. Als argument voert bezwaarde daarvoor aan dat volgens de beleidsregel Handhaving het publicatiebesluit een vorm van informele handhaving is. Op grond van de beleidsregel Handhaving treedt de NZa pas handhavend op (in dit geval betekent dat: zou de NZa pas een waarschuwing mogen publiceren) indien:
1. dit in het belang is van een (goede) werking van het zorgstelsel;
 2. het consumentenbelang daarmee is gediend;
 3. er sprake is van een zwaarwegend economisch belang; en/of
 4. de overtreding tot grote maatschappelijke onrust leidt.
101. Bezwaarde stelt dat de NZa in het bestreden besluit niet aannemelijk heeft gemaakt dat aan (één van) deze criteria is voldaan en aldus had de NZa niet tot publicatie mogen overgaan.
102. De NZa volgt deze redenering van bezwaarde niet. Openbaarheid wordt in de beleidsregel Handhaving als belangrijk instrument gezien om aan (markt)partijen duidelijk te maken welke overtredingen hebben plaatsgevonden en wat de reactie van de NZa daarop is geweest.
103. De NZa is heroverwegend van oordeel dat openbaarheid van de waarschuwing er direct aan bijdraagt dat voor (markt)partijen zichtbaar wordt welke overtredingen hebben plaatsgevonden en wat de reactie van de NZa daarop is geweest. Dat daarbij volgens bezwaarde sprake was van een vergissing en dat de geconstateerde overtreding (zeer) gering van aard en betekenis was, doet aan het effect niets af.
104. Zoals in het bestreden besluit is toegelicht op pagina 3 en verder, dient openbaarmaking het algemeen belang dat bestaat bij het informeren van consumenten, zorgaanbieders en zorgverzekeraars, het verhogen van het nalevingsniveau door zorgaanbieders en zorgverzekeraars en het bijdragen aan een transparante overheid teneinde publieke controle mogelijk te maken. Dit is in het belang van een goede werking van het zorgstelsel en in het consumentenbelang (criteria 1 en 2).
105. De NZa acht het bezwaar op dit punt ongegrond.

Publicatie van de naam van de onderneming

106. Bovenstaande beoordeling zag op publicatie van de waarschuwing an sich. Onderstaand zal de NZa in heroverweging beoordelen of publicatie van de naam van de onderneming rechtmatig is.
107. Zoals in het bestreden besluit is toegelicht moet volgens vaste jurisprudentie aan het algemeen toezichtbelang dat bestaat bij het informeren van consumenten, zorgaanbieders en zorgverzekeraars, het verhogen van het nalevingsniveau en het bijdragen aan een transparante overheid teneinde publieke controle mogelijk te maken, een groot gewicht worden toegekend. Ook in het geval van de publicatie van een waarschuwing hanteert de NZa het uitgangspunt dat deze openbaar wordt gemaakt, inclusief bedrijfs- en persoonsnamen,

tenzij er zwaarwegende redenen (genoemd in de Wob) zijn om hiervan af te zien. Dit dient afgewogen te worden tegen het belang van [X]: geen onevenredige benadeling als gevolg van de openbaarmaking van de naam van de onderneming (artikel 10, tweede lid, aanhef en onderdeel g, van de Wob)

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
14 van 18

108. Met betrekking tot de publicatie van de naam van de onderneming is in de beleidsregel Handhaving opgenomen dat per geval wordt afgewogen of daarmee (1) de werking van het stelsel is gediend of (2) het consumentenbelang is gediend.¹²
109. Deze twee criteria zijn in het bezwaarschrift door bezwaarde genoemd tezamen met (3) een zwaarwegend economisch belang en (4) grote maatschappelijke onrust. De NZa is van oordeel dat deze laatste twee criteria niet expliciet in de beleidsregel Handhaving zijn opgenomen als wegingsfactoren bij de beoordeling of publicatie van de naam van de onderneming evenredig is. Of er sprake is van een zwaarwegend economisch belang en/of de overtreding tot grote maatschappelijke onrust leidt, kan wel van belang zijn bij het stellen van prioriteiten om wel of niet over te gaan tot handhaving.¹³
110. Aldus zal de NZa in heroverweging beoordelen of met het noemen van de naam van [X] de werking van het stelsel of het consumentenbelang gediend is en daarmee ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onderdeel g, van de Wob opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.
111. Bij alles wat de NZa doet staat de werking van het stelsel en het daarmee gediende belang van de consument centraal. Bij ieder advies, bij elke beleidsverandering, bij al haar toezicht- en handhavingsactiviteiten stelt de NZa zichzelf de vraag: 'Wat levert dit op voor de consument?'. Daarbij kijkt de NZa naar de voordelen voor drie consumentenbelangen: kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid van zorg. Zaken als keuzevrijheid en volledige, juiste en transparante keuze-informatie zijn daarbij essentieel met het oog op de werking van het zorgstelsel. Relevante vragen zijn dan bijvoorbeeld: heeft de overtreding (grote) gevolgen voor de wijze waarop zorg- en ziektekostenverzekeraars of zorgkantoren acteren in het stelsel? De NZa bewaakt deze werking van het stelsel in het belang van de consument.
112. Daartegenover staan de belangen van [X] die de NZa dient af te wegen tegen het belang van publicatie van de naam van de instelling.
113. Bezwaarde noemt reputatieschade voor [X] doordat consumenten lastig de relevantie en de betekenis van de overtredingen in de juiste context zullen kunnen plaatsen.

¹² beleidsregel Handhaving, p. 13.

¹³ beleidsregel Handhaving, p. 10 en 11.

114. Volgens de NZa kan publicatie van de naam van de onderneming onder andere gerechtvaardigd zijn indien adequaat functioneren van de zorgverleningsmarkt geen uitstel toelaat. Dit kan het geval zijn wanneer de consument gewaarschuwd dient te worden voor een zorgaanbieder die de administratie- en declaratieregels overtreedt.
115. In dit geval echter, constateert de NZa in heroverweging dat de overtreding reeds beëindigd is ruim vóórdat de waarschuwing zou worden gepubliceerd. De periode tussen de waarschuwing van 18 december 2020 en het publicatiebesluit van 24 juni 2021 bedraagt ruim 6 maanden, waardoor van enige urgentie geen sprake meer kan zijn.
116. Ook het informeren van zorgverzekeraars kan in bepaalde gevallen een reden zijn om de waarschuwing op naam te publiceren, maar in dit geval heeft bezwaarde reeds contact met de betreffende zorgverzekeraars en heeft zij tijdens de hoorzitting verklaard dat er lum sum bedragen zijn berekend per zorgverzekeraar, die worden teruggestort. Bovendien gaat het om een klein aantal patiënten (34) en om ongeveer 0,1% van de jaarlijkse omzet.
117. De NZa heeft in de waarschuwing vermeld dat [X] de overtreding heeft beëindigd en er afspraken zijn gemaakt met zorgverzekeraars over hoe de fout moet worden gecorrigeerd. In het bestreden besluit is door de toezichtdirectie aangegeven dat hiermee inhoudelijk recht wordt gedaan aan zowel de geconcludeerde overtreding als aan de inspanningen van [X].
118. In de beleidsregel Handhaving is weliswaar opgenomen dat "door goede voorbeelden in de markt te benoemen laat de NZa zien wat goed gedrag en ontwikkelingen zijn die vervolgens weer leidend kunnen zijn voor andere marktpartijen", dit effect kan echter tevens bereikt worden wanneer de waarschuwing zonder de naam van de onderneming openbaar wordt gemaakt.
119. Daarbij is de NZa in heroverweging met bezwaarde van oordeel dat uit onderzoek van Van Erp (2011) naar de toezichtspraktijk van de AFM blijkt dat de negatieve boodschap (in dit geval: [X] heeft een overtreding begaan) bij publiek en media verder en langer doorklinkt dan de positieve boodschap (in dit geval: [X] is gestopt met de overtreding en heeft meegewerkt aan het onderzoek). Doordat dit een feit van algemene bekendheid is, had de NZa in het bestreden besluit het door [X] aangevoerde belang van onevenredige benadeling door reputatieschade niet zonder nader onderzoek kunnen afdoen als niet-aannemelijk.
120. Verder is in het bestreden besluit besloten om naar aanleiding van de zienswijze van [X] op het voorgenomen publicatiebesluit de naam van de onderneming in het bij de waarschuwing behorende persbericht wel te verwijderen. In de e-mail van 31 mei 2021 is dit thans door de NZa bevestigd. Dat de volgens bezwaarde door de NZa gedane mededeling

dat documenten op het documentenplatform vaak niet worden bekeken, overtuigt daarentegen niet. Veel bedrijven, adviseurs en journalisten werken met attenderingen, bijvoorbeeld Google alerts. Hierdoor kan alsnog de naam van de onderneming, die in het persbericht niet is genoemd, bekend worden.

Kenmerk
400704-1049443
Pagina
16 van 18

121. Wat daar ook van zij, de doelen die de NZa met publicatie wenst te bereiken – risico's beperken, publieke dienstverlening verbeteren en integriteit of betrouwbaarheid vergroten – worden in dit concrete geval ook behaald door publicatie van de waarschuwing zonder de naam van de onderneming te vermelden.
122. De NZa is in heroverweging dan ook van oordeel dat bezwaarde aannemelijk heeft gemaakt dat de benadeling van [X] onevenredig is in verhouding tot het belang dat de toezichthouder heeft bij het publiceren van de naam van de onderneming in de waarschuwing. Conform artikel 10, tweede lid, aanhef en onderdeel g, van de Wob blijft bij publicatie van de waarschuwing de naam van de onderneming achterwege.
123. De NZa acht daarom het bezwaar op dit punt gegrond.

Conclusie

124. Het vorenstaande leidt de NZa tot de conclusie dat het bezwaar van [X] gedeeltelijk gegrond is en gedeeltelijk ongegrond.
125. Het bezwaar van [X] is ongegrond met betrekking tot het publiceren van de waarschuwing an sich. Openbaarheid van de waarschuwing draagt er direct aan bij dat voor (markt)partijen zichtbaar wordt welke overtredingen hebben plaatsgevonden en wat de reactie van de NZa daarop is geweest.
126. Het bezwaar van [X] is gegrond met betrekking tot de bezwaargronden die zich richten tegen publicatie van de naam van de onderneming. Openbaarmaking van de naam van de onderneming weegt niet op tegen de onevenredige benadeling van [X] (reputatieschade) en dient daarom achterwege te blijven.

Proceskostenvergoeding

127. Ten slotte heeft bezwaarde een beroep gedaan op artikel 7:15, tweede lid, van de Awb. De in bezwaar gemaakte kosten worden vergoed als het bestreden besluit (deels) wordt herroepen wegens een aan de NZa te wijten onrechtmatigheid.
128. Het bestreden besluit wordt voor wat betreft de bezwaren tegen publicatie van de naam van de onderneming in de waarschuwing herroepen, zodat het verzoek van bezwaarde wordt ingewilligd. De NZa is daarom van oordeel dat bezwaarde recht heeft op een vergoeding van kosten die zijn gemaakt in de bezwaarprocedure. De NZa merkt bij de vaststelling van de hoogte van de toe te kennen kosten in bezwaar de zaak als van gemiddeld gewicht aan. Daarom wordt een forfaitaire vergoeding toegekend op grond van het Besluit proceskosten

bestuursrecht van € 1.068,-. Dit bedrag is als volgt opgebouwd: 2 punten (indienen van het bezwaarschrift en verschijnen op de hoorzitting) [X] € 534,- (waarde per punt) [X] 1 (wegingsfactor). Deze proceskostenvergoeding wordt binnen zes weken betaald.

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
17 van 18

129. Wij verzoeken u ons binnen twee weken na dagtekening van dit besluit de volgende informatie te verstrekken:
- rekeningnummer (IBAN);
 - tenaamstelling rekeninghouder;
 - kenmerk/verwijzingen waaronder het overboeken moet plaatsvinden.

Besluit

130. Gelet op het voorgaande verklaart de NZa de bezwaren betreffende publicatie van de naam van de onderneming in de waarschuwing (en het bijbehorende persbericht) gegrond en voor het overige ongegrond.
131. Op grond van artikel 8, eerste lid, van de Wob besluit de NZa de waarschuwing (en het bijbehorende persbericht) openbaar te maken.
132. Conform artikel 10, tweede lid, aanhef en onderdeel g, van de Wob blijft daarbij publicatie van de naam van de onderneming achterwege omdat het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige benadeling (reputatieschade) van bij de aangelegenheid betrokken onderneming.
133. Op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht kent de NZa bezwaarde een forfaitaire vergoeding toe van € 1.068,-.

Hoogachtend,
Nederlandse Zorgautoriteit

De heer drs. J.W. van den Berg RC,
directeur Bedrijfsvoering en Bestuursondersteuning

Indien u het niet eens bent met dit besluit, dan kunt u binnen zes weken na verzending/bekendmaking van dit besluit beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.

Kenmerk
400704-1049443

Pagina
18 van 18

*Adres: College van Beroep voor het bedrijfsleven
Postbus 20021
2500 EA 'S-GRAVENHAGE*

Het beroep moet volgens artikel 6:5, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht schriftelijk en ondertekend worden ingediend en dient ten minste de volgende gegevens te bevatten:

- *naam en adres van de indiener;*
- *de dagtekening;*
- *een omschrijving van het besluit waartegen het beroep zich richt;*
- *de gronden (onderbouwing) van het beroep.*

Indien mogelijk dient een afschrift van dit besluit te worden meegezonden.