

commentaar op	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10-07-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6229, (Zilveren Kruis/Zorgrecht)
datum	07-11-2018
auteur	B.A. van Schelven

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 10-07-2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6229, (Zilveren Kruis/Zorgrecht)

Noot bij Hof Arnhem-Leeuwarden 10 juli 2018 (Zilveren Kruis/Zorgrecht),

Inleiding

Deze uitspraak is onderdeel van een jurisprudentielijn waarin zorgverzekeraars en niet-gecontracteerde zorgaanbieders tegenover elkaar staan.[1] Deze jurisprudentielijn spitst zich toe op de diverse maatregelen die zorgverzekeraars nemen ten aanzien van de vergoeding van zorg die wordt geleverd door niet-gecontracteerde zorgaanbieders, waarbij het hoofdzakelijk om drie maatregelen gaat.

Ten eerste het uit artikel 14 Zorgverzekeringswet (Zvw) voortvloeiende machtigingsvereiste, dat inhoudt dat zorgverzekeraars in hun polisvoorwaarden opnemen dat voor de vergoeding van een door een (niet-gecontracteerde) zorgaanbieder geleverde zorgvorm voorafgaande toestemming is vereist. Ten tweede het uit artikel 3:83 lid 2 BW voortvloeiende cessieverbod, dat zorgt dat de declaratie van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder niet zonder tussenkomst van de verzekerde bij de zorgverzekeraar terecht kan komen. Ten derde het weigeren van een betaalovereenkomst, dat hetzelfde effect sorteert als het cessieverbod.

Hoewel zorgverzekeraars deze maatregelen naar eigen zeggen toepassen om te voorkomen dat niet-rechtmatige c.q. frauduleuze en niet-doelmatige zorg wordt geleverd, hebben deze maatregelen (gecombineerd) eveneens het praktische gevolg dat het voor verzekerden minder aantrekkelijk is zorg te betrekken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder dan van een zorgaanbieder met wie de zorgverzekeraar wel een contract heeft.[2] Zodoende heeft (gecombineerde) toepassing van deze maatregelen ook een negatieve impact op de bedrijfsvoering van *bona fide* niet-gecontracteerde zorgaanbieders. Die maatregelen stuiten daarom logischerwijs op weerstand van niet-gecontracteerde zorgaanbieders.

Feiten

In deze uitspraak past Zilveren Kruis per 2018 alle drie de maatregelen toe voor niet-gecontracteerde wijkverpleegkundige zorg. Zodoende vindt vergoeding van niet-gecontracteerde wijkverpleegkunde per 1 januari 2018 in de praktijk niet eerder plaats dan nadat (i) Zilveren Kruis toestemming heeft gegeven, (ii) de zorgaanbieder de factuur aan de verzekerde heeft gestuurd en (iii) die verzekerde de factuur vervolgens voor vergoeding indient bij Zilveren Kruis, die vervolgens een vergoeding uitkeert.

Een aantal niet-gecontracteerde aanbieders van wijkverpleegkundige zorg vinden dat zij door dit samenstel aan maatregelen in hun belangen worden geschaad, omdat een en ander leidt tot niet-betaling van geleverde zorg en algemene incassoproblemen vanwege de sociaaleconomische aard van hun patiëntenpopulatie. Zilveren Kruis stelt daartegenover dat zij belang heeft bij deze maatregelen, omdat daarmee wordt voorkomen dat niet-rechtmatige en niet-doelmatige zorg wordt geleverd.

In eerste aanleg valt de afweging van deze belangen uit in het voordeel van de zorgaanbieders, omdat Zilveren Kruis zijn belang bij het stelsel van maatregelen onvoldoende aannemelijk had gemaakt.[3] In appèl lukt Zilveren Kruis dat wel en wordt hij in het gelijk gesteld.

Vraagtekens bij oordeel over toetsingscriteria artikel 14 Zvw

Een punt dat opvalt, is dat een zorgverzekeraar, aldus het hof, bij het verlenen van voorafgaande toestemming andere criteria dan zorginhoudelijke criteria zou mogen laten meewegen. Het hof oordeelt namelijk dat Zilveren Kruis bij de beoordeling van een machtigingsaanvraag het een rol mag laten spelen of een zorgaanbieder op Zilveren Kruis' fraudelijst (de lijst 'Speciale zaken') staat. Uit de uitspraak wordt niet duidelijk wanneer een zorgaanbieder op die lijst komt te staan, maar Zilveren Kruis' fraudebeleid wijst erop dat in ieder geval nodig is dat een zorgaanbieder Zilveren Kruis(-verzekerden) opzettelijk benadeelt om daar financieel beter van te worden.[4] Een enkele schuldloze vergissing bij registratie of declaratie is dus onvoldoende.[5]

Het hof baseert zijn oordeel op de memorie van toelichting van de Zvw, waarin staat dat bij de beoordeling of een verzekerde behoefte heeft aan een bepaalde zorgvorm 'veelal' medisch-inhoudelijke criteria bepalend zijn. Het kan evenwel worden betwijfeld of de parlementaire geschiedenis de steun biedt die het hof erin leest.

Ten eerste staat in de memorie van toelichting de door het hof geciteerde zin:[6]

'Bij de vraag of een verzekerde behoefte heeft aan een bepaalde vorm van zorg of een andere tot het verzekerde pakket behorende dienst zullen veelal medisch-inhoudelijke criteria bepalend zijn. *De wet hanteert echter het bredere begrip «zorginhoudelijke criteria» om te bewerkstelligen dat waar nodig ook andere zorggebonden criteria een rol kunnen spelen, bijvoorbeeld het oordeel van een verpleegkundige over de thuissituatie indien een beslissing moet worden genomen over de vraag of een patiënt naar huis kan of eerst in een revalidatie-instelling moet worden opgenomen.'* (cursivering BvS)

Ten tweede legt de wetgever het in artikel 14 Zvw opgenomen 'zorginhoudelijke criteria' twee alinea's vóór de door het hof geciteerde zin als volgt uit:[7]

'bij deze beoordeling mag slechts de zorgbehoefte van de verzekerde worden afgezet tegen de beschikbare mogelijkheden om die behoefte te lenigen.'

Ten derde staat in de memorie van toelichting expliciet dat het categorisch weigeren van bepaalde zorg uit financiële overwegingen niet is toegestaan. Ook staat in de memorie van toelichting dat de zorgverzekeraar geen algemene verzekerdenkenmerken mag betrekken bij het al dan niet geven van toestemming.[8]

Tot slot noemt de parlementaire geschiedenis één voorbeeld van een casus waarin een zorgverzekeraar terecht toestemming zou kunnen onthouden, namelijk de situatie waarin een operatie van een specifieke oudere, gelet op zijn gezondheidssituatie, zo belastend is dat zijn gezondheidssituatie door de operatie eerder zal verergeren dan verbeteren.[9] Dat is een medisch-inhoudelijke weigeringsgrond.

Hoe kan een kenbaar frauduleuze zorgaanbieder dan wel buiten deur worden gehouden?

Deze vraagtekens laten onverlet dat het evident wenselijk is te kunnen voorkomen dat verzekerden zorg betrekken van voor zorgverzekeraars kenbaar frauderende zorgaanbieders. Hoewel zorgverzekeraars frauduleuze declaraties niet hoeven en mogen betalen, is voorkomen beter dan genezen.

Hoe zou dit kunnen worden vormgegeven? De meest succesvolle oplossing zal waarschijnlijk zijn om de verplichting niet-gecontracteerde zorg te vergoeden uit artikel 13 Zvw te schrappen. Die wijziging raakt evenwel niet alleen frauderende niet-gecontracteerde zorgaanbieders, maar alle zorgaanbieders zonder contract. De haalbaarheid van die wetswijziging lijkt bovendien klein, aangezien eenzelfde wetswijziging vier jaar terug op het laatste moment in de Eerste Kamer sneuvelde en het politieke draagvlak voor zo'n wetswijziging sindsdien eerder lijkt te zijn af- dan toegenomen.

Wat is dan wel mogelijk? Omdat het gaat om zorgaanbieders waarvan zorgverzekeraars *weten* dat ze als frauderend te boek staan, lijkt het op te lossen probleem het wegnemen van de daarover bestaande informatie-asymmetrie tussen zorgverzekeraars en hun verzekerden. Een voor de hand liggende oplossing zou kunnen zijn om de lijst van frauderende zorgaanbieders op de websites van zorgverzekeraars te plaatsen. Dat sluit ook goed aan bij de verplichting van zorgverzekeraars uit de 'NZa Regeling informatieverstrekking ziektekostenverzekeraars aan consumenten' om hun verzekerden via hun website te informeren over (de vergoeding van) niet-gecontracteerde zorg. Gelet op de impact die vermelding op zo'n fraudelijst voor een zorgaanbieder heeft, zal die vermelding met de nodige (aanvullende) waarborgen zijn omgeven, waarbij kan worden gedacht aan een proportionaliteitstoets, hoor- en wederhoor en een beroepsmogelijkheid. Die (aanvullende) waarborgen zouden bijvoorbeeld kunnen worden opgenomen in de zogeheten Maatregelenrichtlijn van Zorgverzekeraars Nederland, die wordt gebruikt voor het bepalen welke maatregelen worden opgelegd aan fraudeurs.

De zorgverzekeraar die een extra stap wil zetten, zou zijn verzekerden door een maandelijkse e-mail actief kunnen informeren over de lijst met hem bekende frauderende zorgaanbieders. Het is aannemelijk dat de aandacht van verzekerden voor die lijst groter zal zijn als de zorgverzekeraar daarbij helder vermeldt dat er een groot risico bestaat dat de door deze zorgaanbieders geleverde zorg niet wordt vergoed.

mr. B.A. van Schelven

Noten

[1] Zie bijvoorbeeld Rb. Midden-Nederland (vzr.) 16 oktober 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:5327, *GZR* 2017-0384 en Hof Den Haag 25 mei 2015 ECLI:NL:GHDHA:2015:1368, *GZR* 2015-0267.

[2] Zie uitgebreid B.A. van Schelven & M.M. Janssen, 'Het hinderpaalcriterium drie jaar na CZ/Momentum', *TvGR* 2017, p. 479-491 en mijn annotatie bij Rb. Gelderland (vzr.) 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489, *GZR* 2015-0367.

[3] Rb. Midden-Nederland (vzr.) 23 februari 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:750, *GZR* 2018-0103.

[4] <https://www.zilverenkruis.nl/overons/wat-we-doen/beleid/Paginas/Fraudebeleid.aspx>.

[5] Dat opzetvereiste is overigens ook terug te vinden in de definitie van 'fraudeonderzoek' uit artikel 1 lid 1 sub v Regeling

zorgverzekering en de wijze waarop zowel rechtbank als hof 'fraude' uitlegde in een zaak van zorgverzekeraar DSW tegen een frauderende zorgaanbieder (Hof Den Haag 9 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1189).

[6] *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 110.

[7] *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 110.

[8] *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 110 en *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, 7, p. 56.

[9] *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 111.