

Het hinderpaalcriterium drie jaar na CZ/Momentum

De stand van zaken van het kat-en-muisspel tussen zorgverzekeraars en niet-gecontracteerde zorgaanbieders*

Mr. B.A. van Schelven & mr. M.M. Janssen

1. Inleiding

Lange tijd bestond discussie over de vraag of zorgverzekeraars zelf de hoogte mogen bepalen van de vergoeding die zij op grond van artikel 13 lid 1 Zorgverzekeringswet (Zvw) aan hun verzekerden moeten betalen als een verzekerde zorg betreft van een zorgaanbieder waarmee zijn zorgverzekeraar geen contract heeft. Onder verwijzing naar de memorie van toelichting betrokken sommigen de stelling dat die vergoeding niet zo laag mag zijn dat daarmee voor een verzekerde een 'feitelijke hinderpaal' wordt opgeworpen om zorg te betrekken van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder naar keuze. Anderen meenden dat de tekst van artikel 13 lid 1 Zvw voldoende helder is, zodat voor een wetshistorische interpretatie geen ruimte bestaat: zorgverzekeraars zouden de hoogte van de vergoeding zelf mogen bepalen, zolang die maar hoger is dan nihil.¹

Op 7 juli 2014 hakte de Hoge Raad in het CZ/Momentum-arrest de knoop door:

'[D]e door de zorgverzekeraars in het geval van een naturapolis te bepalen vergoeding voor de kosten van niet-gecontracteerde zorgaanbieders [mag niet zo laag zijn] dat die voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal zou vormen om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden.'²

* Bas van Schelven en Marg Janssen zijn beiden advocaat bij Van Doorne. Dit artikel is mede gebaseerd op eerdere publicaties van Van Schelven, waarnaar in de voetnoten in dit artikel wordt verwezen.

1 Voorbeelden van deze discussie zijn te vinden in Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 14 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ4071, TvGR 2013/37 m.nt. K.D. Meersma & B.A. van Schelven, GJ 2013/70 m.nt. T.A.M. van den Ende en Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 28 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:4907. In de literatuur: J.J. Rijken, 'De voorgenomen wijziging van artikel 13 Zvw – een kleine ingreep aan het hart van de zorgverzekering', TvGR 2012/6, p. 475-481, J.W. van de Gronden, 'Grensoverschrijdend patiëntenverkeer in de Zorgverzekeringswet: is de voorgenomen wijziging van artikel 13 Europeesrechtelijk houdbaar?', TvGR 2013/1, p. 4-17 en K. van der Touw, 'De Patiëntenrichtlijn: dreigt de wetgever bij de implementatie de plank mis te slaan?', in M.L. Hendrikse & J.G.J. Rinkes, *De zorgverzekering*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 63-97.

2 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/89 m.nt. J. Legemaate, GJ 2014/121 m.nt. J.J. Rijken. Overigens contrair aan de conclusie van de A-G (11 april 2014, ECLI:NL:PHR:2014:295). Opvallend is dat de Hoge Raad in (financieel-economisch) gezondheidsrechtelijke casus de afgelopen jaren met regelmaat contrair gaat aan de A-G (HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3679, AB 2015/278 m.nt. J.W.C. van Rossem, NJ 2015/344 m.nt. J. Legemaate, JB 2015/48 m.nt. R.J.B. Schutgens & F.S. Bakker, JIN 2015/116 m.nt. F.S. Bakker & R.J.B. Schutgens, USZ 2015/76 m.nt. T.A.M. van den Ende, GJ 2015/31 m.nt. A.F.H. ten Brummelhuis, JGR 2015/6 m.nt. Lisman, TGMA 2014/17 m.nt. E.H. Hulst en HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, JGR 2016/7 m.nt. Schutgens, GJ 2016/33 m.nt. J.G. Sijmons, TGMA 2015/14 m.nt. E.H. Hulst.

Sindsdien staat vast dat het zogeheten hinderpaalcriterium onderdeel is van artikel 13 Zvw. Voorts werd door de Hoge Raad aangenomen dat een vergoeding van 75-80% van het 'marktconforme tarief' geen feitelijke hinderpaal oplevert.

De relevantie van het hinderpaalcriterium is sinds CZ/Momentum toegenomen. Het destijds aanhangige wetsvoorstel dat schrapping van het hinderpaalcriterium beoogde, is eind 2014 onverwachts in de Eerste Kamer gesneuveld. Na die verwerping berichtte de minister-president de Tweede Kamer dat het wetsvoorstel in aangepaste vorm opnieuw zou worden ingediend. Als alternatief voor dat wetsvoorstel werd destijds ook nog een ter zake doende AMvB gesuggereerd.³ Tot op heden heeft geen van beide opties het daglicht gezien. Ook het voornemen de inzet van het macrobeheersinstrument afhankelijk te maken van een contract met zorgverzekeraars heeft de eindstreep niet gehaald.⁴ Schrapping van het hinderpaalcriterium lijkt ons in het huidige politieke klimaat voorts weinig opportuun. Bovendien is het Zvw-pakket sinds CZ/Momentum uitgebreid, bijvoorbeeld met wijkverpleging.⁵

In dit artikel wordt onderzocht welke ontwikkeling (de hoogte van) het hinderpaalcriterium sinds CZ/Momentum heeft doorgemaakt.⁶ Daarnaast onderzoeken we twee ontwikkelingen die in het veld als nieuwe feitelijke hinderpalen worden beschouwd: de door zorgverzekeraars gehanteerde cessieverboden en toestemmingsvereisten. Hiertoe is over de periode sinds CZ/Momentum (11 juli 2014) tot en met heden⁷ een analyse gemaakt van de jurisprudentie van de overheidsrechter en de Geschillencommissie Zorgverzekeringen (GcZ),⁸ publicaties en regelgeving van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZA), overheidspublicaties en de polisvoorwaarden 2017 van de vier grote zorgverzekeraars (CZ, Menzis, VGZ en Zilveren Kruis).

De opbouw van dit artikel is als volgt. Eerst wordt besproken op welk type polissen artikel 13 Zvw van toepassing is. Daarna wordt ingegaan op de regisseursrol van de zorgverzekeraars. Vervolgens wordt achtereenvolgens onderzocht hoe de hoogte van de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg zich heeft ontwikkeld sinds CZ/Momentum en hoe zorgverzekeraars sindsdien cessieverboden en toestemmingsvereisten toepassen. Afgesloten wordt met enige observaties.

3 Daarover kritisch: B.A. van Schelven, 'De vrije artskenkeuze schrappen bij AMvB?', *GZR-Updates* 2014/08.

4 Het concept van de Wet herpositionering NZa en deregulering voorzag nog in de mogelijkheid dat het zogeheten macrobeheersinstrument (mbi) niet zou worden ingezet ten aanzien van zorgaanbieders die binnen de contractafspraken met zorgverzekeraars zijn gebleven. Daarmee zou voor een zorgaanbieder een stevige prikkel ontstaan om een contract met zorgverzekeraars aan te gaan, omdat dan kan worden voorkomen dat hij op enig moment wordt geconfronteerd met een omzetreddressering op basis van het mbi. Deze mogelijkheid heeft het definitieve wetsvoorstel echter niet gehaald, omdat de NZa een en ander praktisch niet uitvoerbaar vond (*Kamerstukken II* 2015/16, 34445, 2 en 3, p. 31). Zie ook het iBMG-rapport 'Beleidsalternatieven voor het stimuleren van gunstige zorgcontracten onder de restrictie van een macrobudget', februari 2017, p. 41-45.

5 Zorgverzekeraars schatten in dat in 2017 ongeveer € 0,09 miljard aan wijkverpleging door niet-gecontracteerde zorgaanbieders zal worden geleverd, *NZA Monitor contractering wijkverpleging*, p. 9, nza.nl (zoek op 'contractering wijkverpleging').

6 De NZa achtte het in juni 2015 bijvoorbeeld 'niet ondenkbaar' dat er concrete normen zouden gaan gelden. *Zeventien zorgpolissen nader bekeken – In relatie tot de zorgplicht*, juni 2015, p. 36 (nza.nl zoek op: 'zeventien zorgpolissen').

7 Het onderzoek voor dit artikel werd afgerond op 30 augustus 2017.

8 Te raadplegen via www.kpzv.nl.

2. Op welk type polissen is het hinderpaalcriterium van toepassing?

Voordat nader wordt ingegaan op de ontwikkeling van het hinderpaalcriterium, is het zaak scherp te stellen op welk type polissen artikel 13 lid 1 Zvw van toepassing is. Daarvoor is relevant dat zorgverzekeraars drie typen polissen kunnen aanbieden: natura-, restitutie- en combinatiepolissen.⁹

Een naturapolis geeft verzekerden jegens hun zorgverzekeraar recht op zorg waaraan zij behoefte hebben.¹⁰ Zorgverzekeraars kopen daarvoor zorg in bij zorgaanbieders, waartoe zij zorginkoopovereenkomsten sluiten.¹¹

Een restitutiepolis geeft verzekerden jegens hun zorgverzekeraar recht op vergoeding van kosten die zij hebben gemaakt voor verzekerde zorg, voor zover die kosten in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend zijn te achten.¹² Een restitutiepolis mag geen beperking kennen van de vergoeding van zorg bij niet-gecontracteerde aanbieders, voor zover die kosten in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend zijn te achten.¹³

Een combinatiepolis geeft verzekerden voor sommige zorgvormen recht op zorg (natura) en voor andere zorgvormen recht op vergoeding van de kosten van die zorg (restitutie).¹⁴ Bij een combinatiepolis mag een vergoeding van de kosten van zorg lager zijn dan een vergoeding ter hoogte van de kosten die in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend zijn te achten.¹⁵

In CZ/Momentum wordt het hinderpaalcriterium beperkt tot naturapolissen. Artikel 13 lid 1 Zvw ziet blijkens de tekst en wetsgeschiedenis evenwel op alle gevallen waarin een verzekerde zorg moet betrekken van een zorgaanbieder met wie zijn zorgverzekeraar een contract heeft over de zorg en de daarvoor in rekening te brengen prijs. Oftewel: artikel 13 lid 1 Zvw – en dus het hinderpaalcriterium – is blijkens tekst en wetsgeschiedenis van toepassing op natura- én combinatiepolissen.¹⁶ Door de GcZ is ook aldus geoordeeld.¹⁷ Gelet hierop ligt de in CZ/Momentum opgenomen beperking van artikel 13 lid 1 Zvw tot natu-

9 Art. 11 lid 1 Zvw jo. art. 29 Regeling Informatieverstrekking ziektekostenverzekeraars aan consumenten (TH/NR-007). Zie uitgebreid over het verschil tussen natura- en restitutiepolissen J.M. van der Most, *De zorg of het geld - natura en restitutie in de zorgverzekering*, 2007.

10 Art. 11 lid 1 onder a Zvw.

11 In de rechtspraak wordt die overeenkomst gekwalificeerd als een bijzondere overeenkomst van opdracht, waarbij de zorgaanbieder de opdracht aanvaardt om de verzekerden van de zorgverzekeraar te behandelen voor rekening van de zorgverzekeraar (Rb. Rotterdam 21 januari 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:398, r.o. 4.7, *GZR-Updates* 2015/0251 m.nt. B.A. van Schelven).

12 Art. 11 lid 1 onder b Zvw jo. art. 2.2 lid 2 onder b Besluit zorgverzekering.

13 Art. 29.3 TH/NR-007. Dit type polissen werd voorheen ook wel 'zuivere' restitutiepolis genoemd.

14 Art. 29.4 TH/NR-007. Daarmee lijkt het type polis dat voorheen 'onzuivere' restitutiepolis werd genoemd thans onder de noemer combinatiepolis te vallen. Ten tijde van CZ/Momentum werden restitutie- en combinatiepolissen overigens nog minder scherp van elkaar onderscheiden: een restitutiepolis werd geduid als een 'zuivere' restitutiepolis en een combinatiepolis kon bijvoorbeeld als 'restitutiepolis' worden geduid (vgl. B.A. van Schelven, 'Omzetplafonds zijn niet de nieuwe *bad guys*: zuivere restitutiepolis waarborgt vrije artsenskeuze', *GZR-Updates* 30 januari 2015). De onduidelijkheid die dit voor verzekerden meebracht, is voor de NZa reden geweest regelgevend op te treden.

15 P. 22 TH/NR-007.

16 Vgl. Rijkens annotatie bij CZ/Momentum in *GJ* 2014/121.

17 Zie bijvoorbeeld GcZ 5 november 2014, nr. 2014.00671.

rapolissen niet voor de hand. Wij hebben de indruk dat de Hoge Raad die beperking dan ook niet opzettelijk heeft willen maken.¹⁸

3. Zorgverzekeraars als regisseurs van de zorg¹⁹

Zorgverzekeraars hebben binnen het zorgstelsel een regisseursrol. Zij onderhandelen in onderlinge concurrentie voor hun (potentiële) verzekerden met zorgaanbieders over prijs, inhoud en organisatie van de zorg.²⁰ Om die rol succesvol te kunnen uitoefenen moeten zorgverzekeraars selectief zorg inkopen. Dat wil zeggen dat zij alleen met zorgaanbieders contracteren die voldoen aan bepaalde prijs- en kwaliteitscriteria. Zorgverzekeraars kunnen op die manier kwaliteit, doelmatigheid en kosten van de zorg beïnvloeden ('regisseren'). Het grote belang van selectieve inkoop binnen het huidige zorgstelsel wordt bijvoorbeeld geïllustreerd door de Raad voor de Volksgezondheid & Zorg (thans: Raad voor Volksgezondheid en Samenleving), die selectieve inkoop in 2008 bestempelde als 'conditio sine qua non van de Zvw' en 'vitaal mechanisme voor de borging van de drie publieke belangen in de gezondheidszorg: kwaliteit, toegankelijkheid en betaalbaarheid'.²¹ Ook noemde de minister van VWS selectieve zorginkoop eind 2015 'een van de belangrijkste instrumenten voor een betere en betaalbare zorg voor de patiënt'.²²

Selectieve zorginkoop brengt naar zijn aard mee dat zorgverzekeraars met sommige zorgaanbieders geen contract sluiten.²³ Een patiënt die naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaat, moet zelf de factuur van die zorgaanbieder voldoen. Vervolgens kan de patiënt de factuur indienen bij zijn zorgverzekeraar, die de patiënt op grond van artikel 13 lid 1 Zvw een vergoeding moet uitkeren. Die vergoeding is veelal lager dan het bedrag dat wordt gefactureerd aan de patiënt. Door deze extra administratieve lasten en lagere vergoeding is het afnemen van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder voor patiënten minder

18 Vgl. oud-vice-president van de Hoge Raad F.B. Bakels in 'Totstandkoming en uitleg van uitspraken van de Hoge Raad': '[Het is] de taak van de vakpers om de woorden van de cassatierechter, en dus ook eventuele fouten of verschrijvingen, uit te leggen in het licht van de gehele context van het arrest, mede door te zoeken naar de uitleg die het meest voor de hand ligt.' (AA 2015/11, p. 932).

19 Deze paragraaf is grotendeels gebaseerd op Van Schelvens annotatie bij Rb. Gelderland (vzr.) 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489, GZR-Updates 2015/0367.

20 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 4 en 9. Zie kritisch: J.J. Rijken, 'Concurrentie tussen zorgaanbieders: de klant is koning, maar wie is de klant?', in: *Op weg naar 10 jaar nieuw zorgstelsel: Terug- en vooruitblik* (Preadvies 2015 Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2015, p. 101.

21 Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, *Zorginkoop*, 2008, p. 7.

22 Brief minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 10 november 2015 (kenmerk: 861515-143362-Z). Interessant is dat de bestuursvoorzitter van VGZ in april 2015 stelde dat de 'buitenwereld' VGZ de rol van bewaker van de kwaliteit zorg niet gunt, en dat VGZ zich daarom primair zal focussen op het betaalbaar houden van de zorg. Voor kwaliteitseisen zal worden aangesloten bij de normen die wetenschappelijke verenigingen en artsen opstellen (S. Olsthoorn, 'Zorgverzekeraar: kwaliteit verbeteren loont niet', *FD* 2 april 2015).

23 Bij het al dan niet aangaan van een overeenkomst geldt tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders als uitgangspunt contractvrijheid. Daaruit vloeit voort dat zorgverzekeraars in hun zorginkoopbeleid en binnen wet- en regelgeving vrij zijn in dat beleid bepalingen en voorwaarden op te nemen. In een recente uitspraak wordt dit nog eens expliciet gekoppeld aan de regisseursrol van de zorgverzekeraars (Rb. Zeeland-West-Brabant 28 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2017:4052). Wel moet een zorgverzekeraar op zijn website vermelden hoe hij de selectief te contracteren zorgaanbieders selecteert (art. 13 onder g TH/NR-007).

aantrekkelijk dan het afnemen van zorg bij een gecontracteerde zorgaanbieder. Niet-gecontracteerde zorgaanbieders laten patiënten daarom veelal bij aanvang van de behandeling een akte van cessie tekenen, waarmee de patiënt zijn vordering op zijn zorgverzekeraar cedeert aan de niet-gecontracteerde zorgaanbieder.²⁴ De niet-gecontracteerde zorgaanbieder dient vervolgens zelf de declaratie in bij de zorgverzekeraar en incasseert de vergoeding. Bovendien neemt de niet-gecontracteerde zorgaanbieder vaak het niet-vergoede gedeelte van de factuur voor eigen rekening. De patiënt ervaart door deze constructie feitelijk geen verschil tussen het afnemen van zorg bij een gecontracteerde of een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

Gebruik van deze constructie op grote schaal maakt het voor zorgverzekeraars lastig de hen toebedachte regisseursrol optimaal te verwezenlijken. Omdat hun verzekerden feitelijk geen verschil ervaren tussen gecontracteerde en niet-gecontracteerde zorgaanbieders, is het voor zorgverzekeraars niet goed mogelijk verzekerden in de richting van gecontracteerde zorgaanbieders te sturen.²⁵ Om steviger in hun regisseursstoel te kunnen komen zitten, hanteren zorgverzekeraars een aantal sturingsmogelijkheden.²⁶

4. De hoogte van de vergoeding

De eerste sturingsmogelijkheid om het afnemen van zorg bij niet-gecontracteerde zorgaanbieders minder aantrekkelijk te maken, is (het verlagen van) de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg die zorgverzekeraars op grond van artikel 13 lid 1 Zvw verplicht zijn uit te keren.

De NZa stelde zich tot CZ/Momentum op het standpunt dat het zorgverzekeraars vrijstond de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg zelf te bepalen, zolang die maar hoger was dan nihil.²⁷ De NZa is naar aanleiding van CZ/Momentum van standpunt gewijzigd: de vraag wanneer sprake is van een feitelijke hinderpaal is 'dusdanig afhankelijk van de omstandigheden van het geval' dat geen harde grens kan worden vastge-

24 Het komt ook voor dat een niet-gecontracteerde zorgaanbieder patiënten een lastgevingsovereenkomst laten sluiten op grond waarvan de niet-gecontracteerde zorgaanbieder op eigen naam voor de patiënt betaling kan vorderen van een factuur (vgl. conclusie van 2 september 2016, ECLI:NL:PHR:2016:916).

25 In het iBMG-rapport 'Goede zorginkoop vergt gezonde machtsverhoudingen - het belang van markt- en mededingingstoezicht binnen het Nederlandse zorgstelsel' wordt het hinderpaalcriterium zelfs bestempeld als een wettelijke inperking van de mogelijkheid voor zorgverzekeraars om selectief te contracteren (maart 2016, p. 68). Bedoeld zal zijn de mogelijkheid hun verzekerden te sturen, aangezien het hinderpaalcriterium de contractvrijheid van zorgverzekeraars niet inperkt.

26 Uit een vonnis van 28 augustus 2015 blijkt dat zorgverzekeraar Menzis dat ter zitting ook toegaf: 'Desgevraagd is namens Menzis (...) verklaard dat zorgverzekeraars en niet-gecontracteerde aanbieders sinds enkele jaren een strijd met elkaar voeren en dat in het kader daarvan de grenzen worden opgezocht.' (Rb. Gelderland (vzr.) 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489, GZR-Updates 2015/0367 m.nt. B.A. van Schelven, r.o. 4.9).

27 Beleidsregel Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (Zvw) (TH/BR-009), p. 36.

steld.²⁸ Voor de hoogte van de vergoeding moet worden gekeken naar ‘de bestaande jurisprudentie’.²⁹ Ook de minister van VWS verwijst naar de jurisprudentie.³⁰

Hoe heeft die jurisprudentie zich sinds CZ/Momentum ontwikkeld?

Ten eerste is meer duidelijkheid ontstaan over de maatstaf voor het beantwoorden van de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal, zijnde de breed gedragen praktijknorm voor een bepaalde zorgvorm.³¹ Onderdeel van die maatstaf is de toets of de afnemers van de desbetreffende zorgvorm in het algemeen voldoende draagkracht hebben om geen hinderpaal te ondervinden, aldus Rechtbank Midden-Nederland. Voor de stelling dat de minst draagkrachtige patiënt van een zorgaanbieder de maatstaf vormt voor het hinderpaalcriterium, zou geen steun zijn te vinden in de wetsgeschiedenis en ook niet in de jurisprudentie van de Hoge Raad. Bij dit oordeel kan een vraagteken worden geplaatst. In het individuele geval kan dit er immers toe leiden dat een patiënt die zich aan de onderkant van het draagkrachtspectrum bevindt, wel degelijk een feitelijke hinderpaal ondervindt.³² Een mogelijke verklaring voor het oordeel van de rechtbank kan zijn dat de zorginkoop- en zorgverzekeringsmarkt in geschillen als deze door elkaar heen lopen. Want hoewel artikel 13 Zvw is geschreven ter regulering van de rechtsverhoudingen tussen zorgverzekeraars en verzekerden – die elkaar op de zorgverzekeringsmarkt ontmoeten –, is in de rechtspraak door de bestuurs- en civiele rechter aanvaard dat ook zorgaanbieders zich kunnen beroepen op artikel 13 Zvw.³³ Het feit dat de rechtbank in dit geschil tussen een niet-gecontracteerde zorgaanbieder en een zorgverzekeraar overweegt dat de maatstaf die de niet-gecontracteerde zorgaanbieder voorstond, niet strookt met de regierol van zorgverzekeraars bij de zorginkoop, wijst erop dat de rechtbank dit geschil heeft geplaatst in de sleutel van de zorginkoopmarkt. Wij sluiten niet uit dat de rechtbank mogelijk tot een ander oordeel was gekomen als dit geschil had plaatsgevonden op de zorgverzekeringsmarkt tussen een zorgverzekeraar en een verzekerde die zich aan de onderkant van het draagkrachtspectrum bevindt. Het oordeel van het College van Beroep voor het bedrijfsleven uit december 2015 dat artikel 13 Zvw er primair toe strekt ‘dat de verzekerde er vanuit kan gaan dat de belo-

28 NZa Beoordeling Modelovereenkomsten, nieuwsbrief nr. 2 Polisjaar 2015, p. 1, nza.nl (zoek op: ‘modelovereenkomsten 2015 nieuwsbrief’).

29 Beleidsregels Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (Zvw) (TH/BR-018), p. 36. Opmerkelijk is dat de voorzieningenrechter in juni 2016 evenwel oordeelde dat volgens de NZa een korting tot 25% in beginsel geen belemmering is om een zorgaanbieder van eigen voorkeur in te schakelen (Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 24 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3891). Mogelijk had de voorzieningenrechter het oog op de website van de NZa, waarop staat: ‘Zo kan een vergoeding van minder dan 75% van het marktconforme tarief een hinderpaal zijn voor mensen om naar die zorgaanbieder te gaan. Dat mag niet, tenzij de zorgverzekeraar kan onderbouwen waarom het lagere percentage in dit geval geen hinderpaal op zal leveren.’ nza.nl (zoek op: ‘vier vragen over de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg’).

30 *Aanhangsel Handelingen II* 2015/16, 825. ‘Het hinderpaalcriterium is niet te vervatten in een rekenmodel’, aldus de minister (p. 2).

31 Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578.

32 Zie uitgebreider de annotatie van Van Schelven bij Hof Den Bosch 9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2971, *GZR-Updates* 2014/0013.

33 Het meest expliciet daarin is het College van Beroep voor het bedrijfsleven dat heeft geoordeeld dat een beroep op art. 13 Zvw ook ‘moet openstaan’ voor zorgaanbieders (CBb 1 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:370, *GJ* 2016/39 m.nt. Rijken, AB 2016/106 m.nt. W.I. Koelewijn & B. Wallage). De Hoge Raad oordeelde hetzelfde over art. 11 Zvw (HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, *JGR* 2016/7 m.nt. Schutjens, *GJ* 2016/33 m.nt. J.G. Sijmons, *TGMA* 2015/14 m.nt. E.H. Hulst).

ning van de voor het verrichten van de prestaties gekozen arts voor hem niet onbetaalbaar zal zijn',³⁴ onderstreept dat.

Ten tweede is na CZ/Momentum geoordeeld dat het antwoord op de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal niet afhankelijk is te stellen van een eventuele bereidheid van een zorgaanbieder (een deel van) het verschilbedrag niet in rekening te brengen bij zijn patiënten. Het vergoedingspercentage volgens de polis is bepalend voor de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal, aldus Hof Arnhem-Leeuwarden.³⁵

Ten derde heeft het vergoedingspercentage van 75-80% van het marktconforme tarief – waarbij marktconform is het gemiddelde tarief dat de zorgverzekeraar heeft gecontracteerd voor een bepaalde zorgvorm³⁶ – na CZ/Momentum bij zowel de overheidsrechter als de GcZ standgehouden.³⁷ Daarmee is geen wijziging gekomen in het vergoedingspercentage dat de voorzieningenrechter in 2013 ontleende aan het percentage dat CZ in zijn polisvoorwaarden 2012 hanteerde voor niet-gecontracteerde specialistische GGZ-zorg.³⁸ Dat zich sinds 2013 geen wijziging heeft voorgedaan in het toegestane vergoedingspercentage kan verbazen. Dat impliceert namelijk dat zorgverzekeraars sindsdien tegen een hogere noch lagere prijs zorg zijn gaan inkopen. Zouden zij goedkoper zijn gaan inkopen,

34 CBB 1 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:370, *GJ* 2016/39 m.nt. Rijken, *AB* 2016/106 m.nt. W.I. Koelewijn & B. Wallage.

35 Hof Arnhem-Leeuwarden (vzr.) 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682. Interessant is dat de GcZ in maart 2017 oordeelde dat om vast te stellen of sprake is van een feitelijke hinderpaal in de eerste plaats moet worden gekeken naar de hoogte van de vergoeding in percentages, maar dat daarbij niet mag worden voorbijgegaan aan het nominale effect (GcZ 8 maart 2017, nr. 2016.01911). Ook oordeelde de GcZ dat het indenniteitsbeginsel uit art. 7:960 BW zich ertegen verzet dat een hogere vergoeding wordt verleend dan het daadwerkelijke schadebedrag. Dit ogenschijnlijke verschil met de overheidsrechter kan worden verklaard doordat het in deze zaak ging om een individuele verzekerde die procedeerde over een factuur waarop een niet-gecontracteerde zorgaanbieder daadwerkelijk een korting van 25% had toegepast. De zorgverzekeraar vergoedde 65% van de factuur, maar de verzekerde wilde een vergoeding van 75% van de niet-gekorte factuur. Nominaal bleek dat echter ongunstig te zijn voor de verzekerde (de GcZ lijkt deze verzekerde dus in bescherming te hebben genomen). De verwijzing naar het indenniteitsbeginsel kan mogelijk worden verklaard doordat bij de GcZ sprake was van een daadwerkelijk lagere factuur, terwijl de niet-gecontracteerde zorgaanbieders die procederen bij de overheidsrechter een 'volledige' factuur indienen bij zorgverzekeraars om vervolgens het niet uitgekeerde gedeelte af te boeken. Zij lijden in die zin dus wel degelijk schade.

36 Bijv. Hof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682 en GcZ 14 december 2016, nr. 2015.03309.

37 Hof Arnhem-Leeuwarden (vzr.) 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682; Hof Arnhem-Leeuwarden (vzr.) 18 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8895, *GZR-Updates* 2014.0466 m.nt. Van Schelven; Rb. Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578 en Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 24 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3891. De GcZ haakt veelal met de volgende standaardoverweging expliciet aan bij CZ/Momentum: '[V]oor zorg verleend door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder in Nederland en de andere lidstaten van de Europese Unie, geldt dat een vergoeding van minimaal 75 percent van het wettelijke dan wel het gecontracteerde tarief geen feitelijke hinderpaal oplevert, althans zolang dit percentage binnen de markt breed wordt gedragen.'

38 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 14 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ4071, *GJ* 2013/70 m.nt. T.A.M. van den Ende; *TvGR* 2013/37 m.nt. K.D. Meersma & B.A. van Schelven. Naar verwachting zal die term in nieuwe jurisprudentie overigens niet meer terugkomen. Sinds 1 november 2016 mogen zorgverzekeraars 'marktconform tarief' niet meer gebruiken voor het gemiddeld gecontracteerde tarief, maar alleen nog voor de kosten die in de Nederlandse marktomstandigheden in redelijkheid passend zijn te achten, als bedoeld in art. 2.2 lid 2 onder b Besluit zorgverzekering (art. 28 en p. 21 TH/NR-007).

dan had het percentage immers kunnen dalen omdat de *cash out* voor een verzekerde dan lager is, en vice versa.³⁹

In de polisvoorwaarden beweegt het vergoedingspercentage tussen maximaal 65-80% van het gemiddeld gecontracteerde tarief. CZ en Menzis hebben bij sommige polissen een hardheidsclausule ingebouwd, in de zin dat een opwaartse uitzondering naar 75% kan worden gemaakt als een verzekerde kan motiveren waarom het lagere standaard vergoedingspercentage bij de keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder een belemmering zou zijn. De NZa lijkt zo'n constructie in lijn met de Zvw te vinden.⁴⁰ De minister van VWS verwijst naar het standpunt van de NZa.⁴¹ Wij menen dat een hardheidsclausule in individuele gevallen voldoende ruimte voor maatwerk kan bieden om tot het oordeel te kunnen komen dat geen sprake is van een hinderpaal, maar betwijfelen of zo'n clausule ook soelaas kan bieden in een geschil tussen een zorgverzekeraar en een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Bij beantwoording van de vraag of het vergoedingspercentage een hinderpaal vormt zal in dat geval immers in ogenschouw moeten worden genomen dat die vraag niet moet worden beantwoord ten opzichte van één individuele verzekerde, maar ten aanzien van de gehele (potentiële) patiëntenpopulatie van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

5. Het cessieverbod

De tweede sturingsmogelijkheid om het afnemen van zorg bij niet-gecontracteerde zorgaanbieders minder aantrekkelijk te maken, is het in de polisvoorwaarden opnemen van een zogeheten cessieverbod.

Een cessieverbod is de contractuele bepaling die overdraagbaarheid van vorderingsrechten tussen schuldeiser (verzekerde) en schuldenaar (zorgverzekeraar) uitsluit. Aan een cessieverbod komt verbintenisrechtelijke of goederenrechtelijke werking toe. Een cessieverbod met verbintenisrechtelijke werking houdt in dat schuldeiser en schuldenaar afspreken dat een vordering niet of slechts beperkt mag worden overgedragen. Als een vordering in weerwil van een dergelijke afspraak toch wordt overgedragen is sprake van wanprestatie van schuldeiser jegens schuldenaar, maar is de vordering wel rechtsgeldig overgedragen. Een cessieverbod met goederenrechtelijke werking houdt in dat schuldeiser en schuldenaar afspreken dat overdracht van een vordering is uitgesloten als bedoeld in artikel 3:83 lid 2

39 Een voorbeeld van een gesauveerde *cash out* is het oordeel van de GcZ dat een eigen betaling van EUR 2.510,18 voor een knieoperatie geen feitelijke hinderpaal opleverde (GcZ 22 februari 2017, nr. 2016.01963).

40 Toetsingskader beoordeling modelovereenkomsten polisjaar 2017 (p. 8): 'Op basis van deze rechtspraak zijn wij van oordeel dat het vergoedingspercentage voor niet gecontracteerde zorg ten minste 75% van het gemiddeld gecontracteerde tarief, het door de NZa vastgestelde (maximum- of vaste) tarief, of een vergelijkbare berekeningsmethode, moet zijn. Tenzij de zorgverzekeraar kan motiveren en zo nodig onderbouwen waarom een lager percentage geen feitelijke hinderpaal zal opleveren. Daarbij kan een rol spelen of de verzekeraar in de modelovereenkomst een hardheidsclausule heeft opgenomen. Wij toetsen dus niet de hoogte van de vergoeding tenzij de vergoeding is beperkt tot minder dan 75 procent van het hiervoor genoemde tarief.'

41 *Kamerstukken II* 2015/16, 32620, 174, p. 16-17.

BW. Als een vordering in strijd met een goederenrechtelijk cessieverbod wordt overgedragen, is in het geheel geen overdracht tot stand gekomen.⁴²

Of aan een cessieverbod verbintenisrechtelijke of goederenrechtelijke werking toekomt is een kwestie van uitleg. Uitgangspunt daarbij is dat moet worden aangenomen dat een cessieverbod uitsluitend verbintenisrechtelijke werking heeft, tenzij uit de – naar objectieve maatstaven uit te leggen – formulering daarvan blijkt dat goederenrechtelijke werking is beoogd.⁴³

Sinds CZ/Momentum is een aantal uitspraken gedaan waarin een cessieverbod aan de orde kwam. In drie van de uitspraken was het cessieverbod zo geredigeerd dat daar goederenrechtelijke werking aan toekwam, zodat overdracht van de vordering onmogelijk was.⁴⁴ In een uitspraak uit april 2015 oordeelde de kantonrechter echter dat in de polisvoorwaarden was bepaald dat de verzekerde zijn vorderingen niet aan derden *mag* overdragen, waaruit enkel een verbintenisrechtelijk verbod blijkt om de vordering aan een derde over te dragen. Het cessieverbod raakte aldus niet de geldigheid van de overdracht van de vorderingen.⁴⁵

De meest interessante uitspraak over een cessieverbod is die van 28 augustus 2015.⁴⁶ Daarin oordeelde de voorzieningenrechter dat het cessieverbod afhandeling van declaraties nodeloos bemoeilijkt, waardoor het risico bestond dat vergoedingen voor zorg niet (op efficiënte wijze) worden besteed aan zorg. Dat is zowel in het belang van de individuele niet-gecontracteerde zorgaanbieder als een algemeen belang, aldus de voorzieningenrechter. Het verwaarlozen van dat belang maakt dat het hanteren van het cessieverbod onzorgvuldig en onrechtmatig was, zodat de zorgverzekeraar zich jegens de (patiënten van) de niet-gecontracteerde zorgaanbieder niet mocht beroepen op het cessieverbod.⁴⁷ Deze uitspraak was voor de betrokken zorgverzekeraar Menzis reden om het cessieverbod volledig los te laten.⁴⁸

42 HR 17 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0618, NJ 2004/281 m.nt. H.J. Snijders, JOR 2003/52 m.nt. M.H.E. Rongen.

43 HR 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:682, NJ 2015/167 m.nt. H.J. Snijders, JOR 2014/151 m.nt. B.A. Schuijling, JIN 2014/133 m.nt. L. Krieckaert.

44 Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1368; Rb. Den Haag (ktr.) 31 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:6045 en Rb. Midden-Nederland (vzr.) 5 juli 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3527.

45 Rb. Midden-Nederland (ktr.) 8 april 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:2742.

46 Rb. Gelderland (vzr.) 28 augustus 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:5489, GZR-Updates 2015/0367 m.nt. B.A. van Schelven. De zorgaanbieder stelde zich overigens expliciet op het – door de zorgverzekeraar weersproken – standpunt dat het cessieverbod geen ander doel had dan een nieuwe hinderpaal op te werpen.

47 Meersma laat zich in zijn annotatie bij deze uitspraak kritisch uit over het feit dat de voorzieningenrechter zich een oordeel zou aanmeten over de inrichting van de polis (TvGR 2015/265). Hoewel het vonnis die indruk kan wekken, wijst het uiteindelijke oordeel erop dat de uitspraak alleen ziet op de uitvoering van de polis (een *beroep* op het cessieverbod wordt verboden). In de literatuur is bepleit dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in de weg kunnen staan aan een beroep door de schuldenaar op een cessieverbod (M.H.E. Rongen, *Cessie*, (diss. Nijmegen) 2012, p. 705-707). De jurisprudentie over de situatie waarin een contractpartij zijn verklaringen en gedragingen ter zake de overeenkomst mede moet laten bepalen door de belangen van betrokken derden biedt ook ruimte voor zodanige toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069; HR 20 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT7496 en HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355). Overigens oordeelde Hof Den Haag een paar maanden eerder anders ten aanzien van een soortgelijke bepaling in de polisvoorwaarden van DSW (Hof Den Haag 26 mei 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1368, r.o. 12).

48 <http://www.menzis.nl/zorgaanbieders/publicaties/zorg-zorgverzekering/2015/09/25/menzis-staat-gebruik-akte-van-cessie-weer-toe>.

Van de andere drie grote zorgverzekeraars hanteert alleen Zilveren Kruis (nog) een cessieverbod in zijn polisvoorwaarden. Dat cessieverbod kwam aan de orde in een procedure tussen Zilveren Kruis en een niet-gecontracteerde zorgaanbieder over een betaalovereenkomst.⁴⁹ Dat is een overeenkomst waarin zorgverzekeraar en niet-gecontracteerde zorgaanbieder afspreken dat de zorgaanbieder zijn declaraties rechtstreeks bij de zorgverzekeraar mag indienen. Toen Zilveren Kruis weigerde zo'n overeenkomst aan te gaan, vond de zorgaanbieder dat het van tweeën één was: óf Zilveren Kruis sloot een betaalovereenkomst, óf Zilveren Kruis mocht zich niet op het cessieverbod beroepen. Het hof verwierp deze stelling, omdat het een kenmerk van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder is dat hij in beginsel facturen stuurt naar zijn patiënten, die deze facturen indienen bij hun zorgverzekeraar.

De NZa neemt (in haar Toetsingskader beoordeling modelovereenkomsten) geen standpunt in over cessieverboden.

6. Het toestemmingsvereiste

Niet-gecontracteerde zorgaanbieders ervaren het toestemmingsvereiste uit artikel 14 Zvw als een derde sturingsmogelijkheid om het afnemen van zorg bij niet-gecontracteerde zorgaanbieders minder aantrekkelijk te maken.

Uit artikel 14 Zvw vloeit voort dat zorgverzekeraars in hun polisvoorwaarden mogen opnemen dat voor een of meer vormen van zorg voorafgaande toestemming is vereist, zolang de verzekerde wel de zorg krijgt waar hij op grond van de Zvw recht op heeft.⁵⁰ De toestemming mag alleen afhankelijk zijn van zorginhoudelijke criteria: de zorgbehoefte van de verzekerde moet worden afgezet tegen de beschikbare mogelijkheden om in die behoefte te voorzien.⁵¹ De zorgverzekeraar mag geen algemene verzekerdenkenmerken of financiële overwegingen betrekken bij het al dan niet geven van toestemming.⁵²

In een uitspraak van 4 januari 2017 over het toestemmingsvereiste ging het om de vraag of twee zorgverzekeraars een aantal van hun verzekerden terecht toestemming hadden geweigerd voor een behandeling door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.⁵³ De niet-gecontracteerde zorgaanbieder vond dat de zorgverzekeraars daarmee jegens hem

49 Hof Arnhem-Leeuwarden (vzr.) 18 juli 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:6219. De niet-gecontracteerde (thuis)zorgaanbieder stelde gelet op zijn cliëntenpopulatie (eerste generatie Marokkaan, veelal met beperkte kennis van de Nederlandse taal, met beperkte administratieve vaardigheden en met beperkte financiële armslag) een bijzonder debiteurenrisico te lopen. Het hof gaat aan deze stelling voorbij, omdat de niet-gecontracteerde zorgaanbieder geen inzicht heeft gegeven in en/of nadere onderbouwing van zijn debiteurenrisico.

50 Vgl. NZa *Standpunten 2017, Beoordeling modelovereenkomsten en reglementen*, p. 8-9. Dit recht van zorgverzekeraars vloeit overigens net als het hinderpaalcriterium niet voort uit de wettekst maar uit de memorie van toelichting van de Zvw. Net als bij het hinderpaalcriterium heeft de rechter in deze onvolkomen juridische verankering geen onoverkomelijk bezwaar gezien voor de toepassing van het toestemmingsvereiste (Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:12, *GZR-Updates* m.nt. M.F. van der Mersch, r.o. 4.4).

51 *Kamerstukken II 2003/04*, 29763, 3, p. 110.

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

53 Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:12, *GZR-Updates* 2017/0008 m.nt. M.F. van der Mersch.

onrechtmatig handelden. Hij stelde daarbij voorts dat de zorgverzekeraars het toestemmingsvereiste misbruikten, omdat voor zorg door gecontracteerde zorgaanbieders geen toestemming was vereist. De zorgverzekeraars zouden het toestemmingsvereiste aldus gebruiken om de toegang tot niet-gecontracteerde zorgaanbieders zo moeilijk mogelijk te maken voor zijn verzekerden. De voorzieningenrechter oordeelde dat uit de wetsgeschiedenis volgt dat het zorgverzekeraars is toegestaan vooraf te toetsen of een verzekerde redelijkerwijs is aangewezen op de vorm van zorg waarvoor hij vergoeding wenst.⁵⁴ Pas als kan worden vastgesteld dat een zorgverzekeraar aanvragen stelselmatig ongemotiveerd afwijst, zou sprake kunnen zijn van onrechtmatig handelen. Aan een inhoudelijke behandeling van het onderscheid tussen gecontracteerde en niet-gecontracteerde zorgaanbieders werd niet toegekomen.

Hoewel dat niet aan de orde komt in deze uitspraak, blijkt uit het vonnis dat de zorgverzekeraars doelmatigheidsvoorwaarden verbonden aan hun toestemming. Onzes inziens treden zorgverzekeraars daarmee al snel buiten hun bevoegdheden uit artikel 14 Zvw, omdat in de parlementaire geschiedenis expliciet is opgenomen dat 'het de verzekeraar dus op grond van artikel 14 verboden [is] zorg te weigeren om bijvoorbeeld financiële redenen'.⁵⁵ Bovendien vormt doelmatigheid van zorg als zodanig geen wettelijke voorwaarde bij de aanspraak van een verzekerde op zorgverlening. Uit een arrest van de Hoge Raad uit november 2015 kan worden afgeleid dat een zorgverzekeraar toestemming alleen op doelmatigheidsgronden mag weigeren als er een andere, voldoende gelijkwaardige zorgvorm beschikbaar is.⁵⁶

De NZa heeft zich naar aanleiding van een handhavingsverzoek van Stichting Zorghuis uitgelaten over de toelaatbaarheid van het toestemmingsvereiste bij niet-gecontracteerde zorgaanbieders.⁵⁷ Stichting Zorghuis stelde dat het toestemmingsvereiste ertoe kan leiden dat geen vergoeding wordt gegeven voor niet-gecontracteerde zorg, zodat het toestemmingsvereiste een extra hinderpaal vormt om naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te gaan. Dat zou in strijd zijn met artikel 13 Zvw. De NZa heeft het handhavingsverzoek afgewezen omdat het machtigingsvereiste niet binnen het toepassingsbereik van artikel 13 Zvw zou vallen, nu artikel 13 Zvw alleen over de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg gaat.⁵⁸

De afwijzing van de NZa lijkt op het eerste gezicht de historische context van het hinderpaalcriterium te miskennen. In de wetsgeschiedenis van artikel 13 lid 1 Zvw staat namelijk dat het hinderpaalcriterium voortvloeit uit Europeesrechtelijke jurisprudentie, waarin het Hof van Justitie antwoordde op prejudiciële vragen van de Centrale Raad van Beroep over het destijds in de Ziekenfondswet ('Zfw') opgenomen toestemmingsvereiste om zorg te

54 Opmerkelijk is dat ook dit belangrijke onderdeel van de Zvw – net als het hinderpaalcriterium – dus niet is verankerd in de tekst van de wet. Dat verdient vanuit wetgevingstechnisch en rechtszekerheidsoogpunt niet de schoonheidsprijs.

55 *Kamerstukken II* 2004/05, 29763, 7, p. 56.

56 HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, TGMA 2015/14 m.nt. E.H. Hulst, TvGR 2016/33 m.nt. J.G. Sijmons, JGR 2016/7 m.nt. Schutjens. Zie ook Van der Mersch' annotatie bij Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 4 januari 2017, ECLI:NL:RBZWB:2017:12, GZR-Updates 2017/0008.

57 Zorgvisie.nl (zoek op: 'zorghuis handhaving').

58 Tegen de afwijzing is beroep ingesteld.

mogen betrekken van een niet-gecontracteerde buitenlandse zorgaanbieder.⁵⁹ In CZ/Momentum overwoog de Hoge Raad evenwel dat die aanname van de wetgever onjuist is geweest.⁶⁰ Met andere woorden: het hinderpaalcriterium is volgens de Hoge Raad een nationaalrechtelijke norm over de hoogte van de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg, waarbij deze Europeesrechtelijke jurisprudentie over het toestemmingsvereiste uit de Zfw geen rol speelt. Die jurisprudentie is daarmee niet relevant voor (de historische context van) artikel 13 lid 1 Zvw.⁶¹

Kan in de afwijzing van de NZa worden gelezen dat zij eraan voorbijgaat dat het onthouden van toestemming een vergoeding van nihil bewerkstelligt? Wij menen van niet, gelet op de functie van het toestemmingsvereiste, te weten een ex ante toets of zorg daadwerkelijk tot het verzekerde pakket behoort. Als terecht geen toestemming wordt gegeven, kan ook terecht geen aanspraak worden gemaakt op een vergoeding onder de Zvw. Pas als is vastgesteld dat de zorg waarvoor toestemming wordt gevraagd tot het verzekerde pakket behoort, komt de vraag aan de orde welk gedeelte van de kosten voor die verzekerde zorg voor rekening van de zorgverzekeraar respectievelijk verzekerde komt. Die verdeling is bijvoorbeeld afhankelijk van de vraag of sprake is van een eigen bijdrage.⁶² Ook komt dan de vraag aan de orde of sprake is van een (niet-)gecontracteerde zorgaanbieder en welk gedeelte van de vergoeding de zorgverzekeraar respectievelijk verzekerde daarvan op grond van artikel 13 lid 1 Zvw voor zijn rekening moet nemen.

Verder is interessant dat uit de beslissing op het handhavingsverzoek valt af te leiden dat bij toepassing van het toestemmingsvereiste onderscheid zou mogen worden gemaakt tussen gecontracteerde en niet-gecontracteerde zorgaanbieders. De NZa geeft als voorbeeld dat het toestemmingsvereiste voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders in de plaats kan komen van afspraken met gecontracteerde zorgaanbieders over de beoordeling van de zorgvraag. Dat is een invoelbaar standpunt, temeer omdat het uitvoeren van een ex post rechtmatigheidstoetsing door een materiële controle bij niet-gecontracteerde zorgaanbieders veel meer voeten in de aarde heeft dan bij gecontracteerde zorgaanbieders.⁶³

Tot slot wijzen wij erop dat in de literatuur in 2014 is opgemerkt dat het gebruik van het toestemmingsvereiste de afgelopen jaren tot een minimum zou zijn gereduceerd.⁶⁴ De polisvoorwaarden wekken de indruk dat gebruik van dat vereiste de afgelopen jaren is toegenomen. Zo bevatten polisvoorwaarden toestemmingsvereisten voor onder andere niet-

59 *Kamerstukken II* 2003/04, 29763, 3, p. 31, waar wordt verwezen naar HvJ EG 13 mei 2003, C-385/99, TvGR 2003/53 m.nt. G.J. Hamilton.

60 HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, r.o. 3.5.6. Zie ook Rijken, o.c., p. 476.

61 Deze Europeesrechtelijke jurisprudentie is mogelijk wel relevant bij de beoordeling van de rechtmatige toepassing van het toestemmingsvereiste uit art. 14 Zvw. Onderzoek daarnaar valt evenwel buiten het bestek van dit artikel.

62 Art. 2.16a-f Besluit zorgverzekering.

63 Gecontracteerde zorgaanbieders zijn in het kader van een materiële controle op grond van art. 87 Zvw verplicht patiëntgegevens te verstrekken aan zorgverzekeraars. Voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders geldt die verplichting niet (zie uitgebreid: de annotatie van Van Schelven bij Rb. Noord-Nederland (vzr.) 26 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:6831, GZR-Updates 2015/0129). Het wetsvoorstel dat deze verplichting ook voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders creëert is thans aanhangig bij de Eerste Kamer (*Kamerstukken I*, 33980).

64 H.J.J. Leenen e.a., *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 723.

gecontracteerde verpleging en verzorging, refractiechirurgie en gespecialiseerde GGZ met verblijf.

7. Observaties

Alles overziend, staat het hinderpaalcriterium een goede drie jaar na CZ/Momentum fier overeind. Het vergoedingspercentage van circa 75% van het gemiddeld gecontracteerde tarief lijkt algemeen te worden toegepast. Als sprake is van een lager percentage wordt dat ook wel gecombineerd met een hardheidsclausule. In individuele gevallen zal daarmee naar verwachting voldoende ruimte voor maatwerk bestaan, maar wij zijn benieuwd of een en ander ook standhoudt in een procedure tussen een zorgverzekeraar en een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

Artikel 13 lid 1 Zvw lijkt verzekerden dan ook (nog steeds) een onvoldoende prikkel te bieden om niet te kiezen voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders. Dat drie van de vier grote zorgverzekeraars geen gebruik (meer) maken van een cessieverbod lijkt erop te wijzen dat de zorgverzekeraars dat kennelijk ook niet heel bezwaarlijk (meer) vinden. Een goederenrechtelijk geredigeerd cessieverbod houdt immers stand bij de rechter (de uitspraak waarin het cessieverbod van Menzis onderuit ging lijkt een uitzondering) en zou dus in principe als succesvol sturingsmechanisme kunnen worden ingezet.

Tot slot: zorgverzekeraars zullen het toestemmingsvereiste niet kunnen inzetten ter versterking van hun regierol, omdat het toestemmingsvereiste enkel kan fungeren als ex ante rechtmatigheidstoets, i.e. aan de poort van de Zvw, terwijl zij hun regierol binnen de poorten van de Zvw vervullen.