

ANNOTATIE

Het recht op vrije artskeuze voor verzekerden met een naturaverzekering: het hinderpaalcriterium en de ‘vlaktaks’.

mr. B. Wallage en mr. E. Jacobs

Annotatie bij Rechtbank Gelderland, 01-02-2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380 (GZR-2019-0140)

Inleiding

De onderhavige uitspraak van de Rechtbank Gelderland (hierna: de rechtbank) gaat over de invulling van het hinderpaalcriterium, voortvloeiende uit artikel 13 lid 1 van de Zorgverzekeringswet (hierna: ‘Zvw’).

Zorgverzekeraars hebben op grond van de Zvw de zorgplicht om zorg te (laten) leveren aan hun verzekerden (bij een naturaverzekering) of een vergoeding te betalen voor door verzekerden afgenomen zorg (bij een restitutieverzekering). Het recht op vrije artskeuze is volledig gewaarborgd bij de restitutieverzekering, aangezien in dat geval de verzekerde een vergoeding krijgt en door middel van deze vergoeding de zorg bij een zorgaanbieder van keuze kan worden ingekocht. Dit is bij de naturaverzekering in beginsel echter niet het geval. Verzekerden met een naturaverzekering dienen namelijk in beginsel zorg af te nemen van een zorgaanbieder met wie de zorgverzekeraar heeft gecontracteerd.

Met het oog op de keuzevrijheid van de verzekerde met een naturapolis is artikel 13 in de Zvw opgenomen. Uit dit artikel volgt dat indien en voor zover een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, de zorgverzekeraar ook in dat geval een deel van de zorgkosten dient te vergoeden. Uit artikel 13 Zvw volgt niet hoe hoog dit

bedrag moet zijn.

De Hoge Raad oordeelde bij arrest van 11 juli 2014 (*CZ/Momentum*) dat het zogenoemde hinderpaalcriterium onderdeel uitmaakt van artikel 13 lid 1 Zvw (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646). Het hinderpaalcriterium houdt in dat de vergoeding door zorgverzekeraars voor niet-gecontracteerde zorg niet dusdanig laag mag zijn dat de verzekerde met een naturapolis om die reden geen keuze meer kan maken voor een zorgaanbieder naar keuze. De Hoge Raad nam in voornoemd arrest de vuistregel aan dat bij een vergoeding door de zorgverzekeraar van 75-80 procent van het gemiddeld gecontracteerde tarief geen sprake is van een schending van artikel 13 lid 1 Zvw.

Ook in de rechtspraak na het arrest van de Hoge Raad heeft deze vuistregel standgehouden. In de onderhavige uitspraak gaat de rechtbank in op deze vuistregel en gaat zij in op de vraag in hoeverre zorgverzekeraars een korting mogen toepassen ten aanzien van het gemiddeld gecontracteerde tarief indien een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. In de praktijk wordt door zorgverzekeraars variërend van 65 procent (bij een budgetpolis) tot 80 procent van het gemiddeld gecontracteerde tarief vergoed bij niet-gecontracteerde zorg.

In deze annotatie zullen wij allereerst (1) kort ingaan op de feiten en omstandigheden die centraal staan in de onderhavige uitspraak. Vervolgens gaan wij (2) in op de hoogte van de vergoeding die zorgverzekeraars moeten betalen indien en voor zover een verzekerde met een naturapolis zorg afneemt van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder en (3) welke korting in dat kader door de zorgverzekeraar mag worden toegepast. Wij ronden (4) af met een bespreking van de gevolgen van de onderhavige uitspraak voor de rechtspraak.

Feiten en omstandigheden

De Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze behartigt belangen van zorgverleners c.q. aanbieders, in het bijzonder waar het gaat om de waarborging van het recht op vrije artskeuze. De stichting stelt in de onderhavige procedure dat als basis voor de vaststelling van de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg op grond van artikel 13 lid 1 Zvw in beginsel het Wmg-tarief moet gelden, zoals bepaald in artikel 2.2 lid 2 onder b van het Besluit zorgverzekering (Bzv). De zorgverzekeraars gaan veelal uit van een lager tarief en derhalve heeft de stichting een zaak aanhangig gemaakt tegen de zorgverzekeraars Menzis, VGZ, CZ en Zilveren Kruis. Daarnaast is de stichting van oordeel dat het zorgverzekeraars op grond van artikel 13 lid 1 Zvw niet is toegestaan een generiek kortingspercentage toe te passen.

Oordeel van de Rechtbank Gelderland

De rechtbank oordeelt allereerst dat het hinderpaalcriterium dat voortvloeit uit artikel 13 lid 1 Zvw nog steeds, anders dan zorgverzekeraar Zilveren Kruis betoogt, geldend recht is. Vervolgens gaat de rechtbank in op wat nu het uitgangstarief is dat zorgverzekeraars op grond van artikel 13 lid 1 Zvw dienen te betalen voor niet-gecontracteerde zorg. De rechtbank is, onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis van artikel 13 lid 1 Zvw, van oordeel dat zorgverzekeraars minimaal de kosten van gecontracteerde zorg tot uitgangspunt moeten nemen. Het is zorgverzekeraars toegestaan een hoger vergoedingspercentage te hanteren.

Daarnaast oordeelt de rechtbank dat een generiek kortingspercentage, dat na het arrest *CZ/Momentum* in de rechtspraak werd geaccepteerd (zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710), niet is toegestaan. De extra kosten die zorgverzekeraars maken omdat een verzekerde zorg afneemt van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder zijn, aldus de rechtbank, sterk afhankelijk van het zorgtype en het inkoopbeleid van de zorgverzekeraar. Bij het hanteren van het kortingspercentage moet naar het oordeel van de rechtbank ook het hinderpaalcriterium in acht worden genomen. De toegepaste korting mag dus niet tot gevolg hebben dat verzekerden met een naturapolis niet meer kunnen kiezen voor een zorgaanbieder naar keuze.

Invulling van het uitgangstarief

De onderhavige uitspraak is onder andere van belang voor de rechtspraak aangezien de wetgever in artikel 13 lid 1 Zvw geen invulling heeft gegeven aan de hoogte van de vergoeding door de zorgverzekeraars voor niet-gecontracteerde zorg. Dat is opmerkelijk omdat het recht op vrije artskeuze deel uitmaakt van het grondrechtelijk beschermde zelfbeschikkingsrecht. In de rechtspraak blijft, gezien het voorgaande, onduidelijkheid bestaan over het uitgangstarief dat zorgverzekeraars minimaal dienen te vergoeden indien en voor zover een verzekerde met een naturapolis zorg afneemt bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder.

In het arrest van de Hoge Raad van 11 juli 2014 (*CZ/Momentum*) oordeelde de Hoge Raad dat het marktconforme tarief een 'breed gedragen praktijknorm' was. Met het marktconforme tarief werd door de Hoge Raad het 'gemiddeld gecontracteerde tarief' bedoeld. De rechtbank geeft hier in de onderhavige uitspraak een nadere invulling aan en is op grond van de parlementaire geschiedenis bij artikel 13 lid 1 Zvw van oordeel dat het gaat om het 'gemiddeld door de zorgverzekeraar gecontracteerde tarief'. De stelling van de stichting dat vanaf januari 2018, met inwerkingtreding van artikel 2.2 lid 2, sub b Bzv, aangesloten dient te worden bij het Wmg-tarief snijdt geen hout. Voornoemd artikel is namelijk slechts van toepassing op de restitutiepolis en niet op de naturapolis.

De rechtbank is op grond van de parlementaire geschiedenis bij artikel 13 lid 1 Zvw van

oordeel dat zorgverzekeraars bij de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg minimaal dienen aan te sluiten bij de kosten van gecontracteerde zorg. Alhoewel dit met het oog op het stelsel van de Zvw niet onredelijk lijkt, motiveert de rechtbank niet om welke reden dit uitgangstarief te allen tijde voldoet aan het hinderpaalcriterium. Interessant is in dat kader dat de Rechtbank Noord-Nederland bij uitspraak van 30 januari 2018 (*GZR Updates* 2018-0097, m.nt. B. Wallage en E. Jacobs), bij gebreke van een andere maatstaf, aansluiting zocht bij het hoogste vrijwillige eigen risico, zoals neergelegd in artikel 20 lid 2 Zvw (thans € 500). Indien en voor zover een verzekerde met een naturapolis meer dan € 500 dient bij te dragen aan de kosten voor niet-gecontracteerde zorg is in dat geval sprake van een feitelijke hinderpaal. Aangezien het vrijwillig eigen risico niet is bedoeld voor de invulling van artikel 13 lid 1 Zvw vinden wij deze invulling van het hinderpaalcriterium niet sterk. De invulling door de rechtbank in de onderhavige uitspraak, waarbij wordt aangesloten bij het door de zorgverzekeraar gecontracteerde tarief sluit ons inziens beter aan bij het stelsel van de Zvw, waarbij de wetgever er enerzijds voor heeft gekozen om de keuzevrijheid voor verzekerden met een naturapolis te waarborgen maar anderzijds de bedoeling heeft gehad de verzekerde te laten bijbetalen voor deze zorg. Ook om zodoende zorg in natura aantrekkelijker te maken voor de verzekerde met een naturapolis. In dat kader is relevant in hoeverre zorgverzekeraars naar het oordeel van de rechtbank een korting mogen toepassen op het uitgangstarief.

De korting op het uitgangstarief

Zoals hierboven beschreven, is na het arrest *CZ/Momentum* van de Hoge Raad in de rechtspraak de rechtsregel aangenomen dat bij een vergoeding door de zorgverzekeraar op grond van artikel 13 lid 1 Zvw van 75-80 procent van het gemiddeld gecontracteerde tarief geen sprake is van een feitelijke hinderpaal. In de onderhavige uitspraak stond de rechtsvraag centraal of deze vuistregel wel rechtens houdbaar is met het oog op artikel 13 lid 1 Zvw en het daaruit voortvloeiende hinderpaalcriterium.

De rechtbank oordeelt ons inziens terecht dat de Hoge Raad in het arrest *CZ/Momentum* niet heeft geoordeeld dat bij een vergoeding van 75-80 procent van het gemiddeld gecontracteerd tarief nooit sprake kan zijn van een feitelijke hinderpaal. De vuistregel die in de praktijk wordt toegepast, dat bij een vergoeding van 75-80 procent van het gemiddeld gecontracteerde tarief geen sprake is van een hinderpaal, lijkt niet langer houdbaar. Dit is ook begrijpelijk, aangezien deze vuistregel afkomstig is uit het arrest van de Hoge Raad uit 2014 waarin eerder in kort geding door het hof is geoordeeld dat bij gebreke van meer of andere gegevens ervan moet worden uitgegaan dat een vergoeding van 75-80 procent van het marktconforme tarief als een breed gedragen praktijknorm kan worden beschouwd voor een vergoeding die geen feitelijke hinderpaal oplevert (zie ook: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 juli 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:2971, *GZR Updates* 2014-0013, m.nt. B. van Schelven). Dat stond in die

procedure ook niet ter discussie. De Hoge Raad oordeelt in dat kader in het arrest *CZ/Momentum*: *‘Tegen die achtergrond, in het bijzonder in het licht van het partijdebat dat in deze kortgedingprocedure is gevoerd, is het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk.’* Daarmee staat niet vast dat bij een vergoeding van 75-80 procent van het marktconforme tarief nooit sprake kan zijn van een feitelijke hinderpaal.

Wat betreft de vraag welke korting dan wel mag worden toegepast, is de rechtbank van oordeel dat dit in zijn algemeenheid niet kan worden aangegeven. Wel duidelijk is, naar het oordeel van de rechtbank, dat ook de door de zorgverzekeraars toegepaste korting te allen tijde het hinderpaalcriterium moet kunnen doorstaan. Dit sluit aan bij het arrest *CZ/Momentum* van de Hoge Raad. Kortom, de eigen bijdrage die door de verzekerde met een naturapolis moet worden betaald als gevolg van de toegepaste korting mag niet betekenen dat de verzekerde hierdoor in zijn keuzevrijheid wordt belemmerd.

De rechtbank is onder verwijzing naar de parlementaire geschiedenis bij de Zvw daarnaast van oordeel dat de korting gerechtvaardigd moet zijn vanwege de reële extra kosten die de zorgverzekeraar heeft als gevolg van de keuze van de verzekerde met een naturapolis om te kiezen voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Wat valt onder deze reële extra kosten wordt door de rechtbank niet nader uitgewerkt. Sijmons stelt zich in dat kader de vraag of op deze wijze geen dubbele korting wordt toegepast (Rechtbank Gelderland 1 februari 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:380, *GJ* 2019/52, m.nt. J.G. Sijmons). Het uitgangstarief dat aansluit bij het gemiddelde gecontracteerde tarief is immers veelal al lager dan de daadwerkelijke kosten die door de zorgaanbieder in rekening worden gebracht. In dit tarief zijn de doelmatigheid van de zorg en het inkoopvoordeel van volume ook reeds verdisconteerd. Sijmons is met het oog daarop, ook aangezien het verschil in premie tussen restitutieverzekeringen en naturapolissen betrekkelijk gering is, van oordeel dat het voor zorgverzekeraars onmogelijk moet zijn op grond van het verschil in premie een fikse korting te baseren. Sijmons acht het oordeel van rechtbank hieromtrent, op grond waarvan de korting dient te zijn gebaseerd op de reële kosten van de zorgverzekeraar, overtuigend.

Alhoewel wij deze redenering volgen, hebben zorgverzekeraars momenteel ook een ander groot belang bij het hanteren van de generieke korting, aangezien zij met gecontracteerde zorgaanbieders afspraken hebben gemaakt over bijvoorbeeld budgetplafonds. In dat kader zijn de overwegingen hieromtrent van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 januari 2018 relevant, waaruit volgt dat indien en voor zover bij de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg wordt aangesloten bij de kosten van gecontracteerde zorg sprake is van een ongerechtvaardigd onderscheid (Hof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710). De gecontracteerde zorgaanbieders zijn op grond van de gesloten zorgovereenkomsten immers veelal gebonden aan budgetplafonds en extra (kwaliteits)eisen.

Indien geen korting of slechts een beperkte korting zou mogen worden toegepast ten opzichte van het gecontracteerde tarief, kan het voor een zorgaanbieder derhalve zelfs gunstiger zijn om geen zorgovereenkomst te sluiten met de zorgverzekeraar. Dat valt moeilijk te rijmen met de opzet van het huidige zorgstelsel en de Zvw, waarin zorgverzekeraars de (regie)taak hebben gekregen om door middel van contracteren de kwaliteit, doelmatigheid en kosten van de zorg te beïnvloeden.

Gevolgen voor de rechtspraak en vervolg

De onderhavige uitspraak heeft grote gevolgen voor de wijze waarop zorgverzekeraars momenteel invulling geven aan het berekenen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg op grond van artikel 13 lid 1 Zvw. De huidige rechtspraak, waarbij door de zorgverzekeraars een generieke korting wordt toegepast, lijkt niet langer houdbaar. Het oordeel van de rechtbank hieromtrent dat de korting dient te zijn gebaseerd op de reële kosten van de zorgverzekeraar is in dat kader een nieuwe lijn in de rechtspraak en brengt de nodige uitdagingen met zich mee voor zorgverzekeraars.

Voor zorgaanbieders is de onderhavige uitspraak goed nieuws aangezien het belang van het contracteren met de zorgverzekeraars minder groot wordt, indien en voor zover zonder contract ook het overgrote deel van de zorgkosten door de zorgverzekeraar dient te worden vergoed. De machtspositie die zorgverzekeraars in dergelijke contracteerprocessen hebben wordt daarmee enigszins gecompenseerd. De zorgverzekeraar zal in dat geval op zoek moeten gaan naar andere instrumenten om het contracteren voor zorgaanbieders interessant te houden.

Aangezien de wetgever geen nadere invulling heeft gegeven aan de vergoeding die zorgverzekeraars dienen te betalen indien een verzekerde met een naturapolis zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder blijft hier in de rechtspraak vooralsnog onduidelijkheid over bestaan. De onderhavige uitspraak van de Rechtbank Gelderland is naar onze mening met het oog op de parlementaire geschiedenis bij de Zvw en het belang van vrije artskeuze overtuigend, alhoewel dit wel afdoet aan de (regie)taak die de zorgverzekeraars hebben gekregen. De afweging in hoeverre de keuzevrijheid van de verzekerden met een naturapolis mag worden beperkt is ons inziens een afweging die met het oog op het recht op vrije artskeuze is voorbehouden aan de wetgever. Aangezien de wetgeving en de parlementaire geschiedenis in dat kader enigszins onduidelijk zijn, is naar onze mening op dit moment primair de wetgever aan zet om te zorgen voor meer duidelijkheid. Ook de rechtbank overweegt in de onderhavige uitspraak dat het aan de wetgever is om deze afweging op grond van 'overwegingen van algemeen belang' te maken.

Tegen de hierboven genoemde uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden van 23 januari 2018 is cassatie ingesteld. Advocaat-Generaal Timmermans heeft recentelijk een conclusie genomen die grotendeels aansluit bij de onderhavige uitspraak (PHR 22 maart 2019, ECLI:NL:PHR:2019:266). Het arrest van de Hoge Raad wordt op korte termijn verwacht. Wij zien de verdere ontwikkelingen in de rechtspraak omtrent het hinderpaalcriterium, ook bij gebreke aan een nadere invulling van dit criterium door de wetgever, met belangstelling tegemoet.

mr. B. Wallage en mr. E. Jacobs