

ANNOTATIE

# Invulling hinderpaalcriterium voor zorgaanbieder vooralsnog onduidelijk.

*mr. B. Wallage en mr. E. Jacobs*

*Annotatie bij Rechtbank Noord-Nederland, 30-01-2018,  
ECLI:NL:RBNNE:2018:245 (GZR-2018-0097)*

De vergoeding van een zorgverzekeraar voor geleverde zorg aan een niet-gecontracteerde zorgaanbieder wordt ingevuld door het zogenoemde hinderpaalcriterium. Er is sprake van een feitelijke hinderpaal indien de vergoeding van de zorgverzekeraar bij een naturapolis voor niet-gecontracteerde zorg lager is dan 75-80 procent van het marktconforme tarief. Uit recente rechtspraak blijkt dat onduidelijkheid bestaat over de invulling van het marktconforme tarief en de beoordeling van de omstandigheden van het geval, indien een zorgaanbieder een beroep doet op het hinderpaalcriterium.

## **Inleiding**

In bovenstaande uitspraak heeft de Rechtbank Noord-Nederland (hierna: 'de rechtbank') geoordeeld dat de door de zorgverzekeraar 'De Friesland' betaalde vergoeding van 70 procent van het laagst door haar gecontracteerde tarief voor de niet-gecontracteerde zorg, wat neerkomt op 55 procent van het geldende NZa-tarief, een feitelijke hinderpaal vormt voor een verzekerde om zorg af te nemen bij een zorgaanbieder van zijn keuze. Voorts heeft de rechtbank de concrete omstandigheden van het geval beoordeeld. Hieronder lichten wij allereerst de uitspraak van de rechtbank op hoofdlijnen toe. Vervolgens bespreken wij de invulling van artikel 13 van de Zorgverzekeringswet (hierna: 'Zvw') en het beroep van de zorgaanbieder op artikel 13 Zvw. Tot slot kijken we naar de gevolgen van de onderhavige uitspraak voor de rechtspraktijk.

## **Feiten**

De Friesland is een zorgverzekeraar en levert in die hoedanigheid zorg aan haar verzekerden, die valt onder het basispakket. Forte GGZ is een instelling voor geestelijke gezondheidszorg. Forte GGZ heeft in 2017 geen contract gesloten met De Friesland maar heeft in dit jaar wel zorg verleend aan een verzekerde van De Friesland. In de polisvoorwaarden van deze verzekerde van De Friesland met de goedkoopste polis (de 'Zelf Bewust Polis') staat, dat in het geval gebruik wordt gemaakt van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, de vergoeding maximaal 70 procent van het laagste door De Friesland gecontracteerde tarief bedraagt. Dergelijke polissen worden ook wel polissen onder beperkende voorwaarden genoemd. Forte GGZ is van oordeel dat De Friesland met het hanteren van een dergelijke polis een feitelijke hinderpaal opwerpt jegens haar verzekerde en dat sprake is van oneerlijke handelspraktijken. Forte GGZ betreft De Friesland derhalve in rechte.

### **Beoordeling door de rechtbank**

De rechtbank overweegt allereerst dat De Friesland de vergoeding voor de onderhavige zorg voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders heeft vastgesteld op 70 procent van het laagste door haar gecontracteerde tarief, wat neerkomt op 55 procent van het geldende NZa-tarief. Uit artikel 13 lid 1 Zvw volgt, zo overweegt de rechtbank, naar het oordeel van de Hoge Raad (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, NJ 2015/83, m.nt. J. Legemaate) dat de vergoeding krachtens een naturaverzekering voor niet-gecontracteerde zorg niet zo laag mag zijn dat die voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal vormt om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden. De Hoge Raad heeft in de voornoemde uitspraak de vuistregel aangenomen dat geen sprake is van een feitelijke hinderpaal indien de zorgverzekeraar de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg vaststelt op 75-80 procent van het marktconforme tarief. Het marktconforme tarief is in dit verband het gemiddelde tarief dat de desbetreffende zorgverzekeraar heeft gecontracteerd voor een bepaalde zorgvorm (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682).

Tussen partijen is in de onderhavige procedure niet in geschil dat de vergoeding lager is dan 75-80 procent van het gemiddeld door De Friesland gecontracteerde tarief. De rechtbank overweegt dat bij een afwijking van dit vergoedingspercentage niet zonder meer kan worden aangenomen dat sprake is van een feitelijke hinderpaal. Bij een afwijking is het echter aan de zorgverzekeraar om aan te tonen dat dit niet het geval is. Dat heeft De Friesland in het onderhavige geval naar het oordeel van de rechtbank niet gedaan. De hardheidsclausule die is opgenomen in de desbetreffende polisvoorwaarden van De Friesland, waarin staat dat het voornoemde percentage in individuele gevallen kan worden verhoogd indien een individuele verzekerde kan motiveren waarom het standaard vergoedingspercentage bij de keuze voor een niet-gecontracteerde zorgaanbieder een belemmering zou vormen, acht de rechtbank niet afdoende.

De rechtbank overweegt vervolgens dat voor het bepalen of sprake is van een feitelijke hinderpaal niet alleen het vergoedingspercentage van belang is, maar tevens dient te worden nagegaan tot welk resultaat de toepassing van het percentage in een concreet geval leidt. Het gaat dan om het bedrag dat de verzekerde zelf aan de zorg dient bij te dragen en of dit een belemmering vormt om naar de niet-gecontracteerde zorgaanbieder te gaan. De rechtbank overweegt dat bij deze beoordeling op grond van artikel 13 lid 4 Zvw bij het bepalen van dit bedrag de individuele kenmerken van de verzekerde geen rol mogen spelen. Dit brengt naar het oordeel van de rechtbank mee dat het er in wezen ook om gaat of de ‘minst draagkrachtige’ door de hoogte van het bedrag wordt verhinderd om zich te wenden tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze.

De rechtbank concludeert vervolgens, bij gebreke aan een andere maatstaf, dat in de regel sprake is van een feitelijke hinderpaal als de verzekerde meer dient bij te dragen aan de niet-gecontracteerde zorg dan het hoogste vrijwillige eigen risico, zoals neergelegd in artikel 20 lid 2 Zvw (thans: € 500). De rechtbank merkt op dat de Zvw de kosten van de zorg beoogt te beheersen en dat zorgverzekeraars in dat kader een regiefunctie hebben gekregen. Van niet-gecontracteerde zorgaanbieders mag worden verwacht dat zij hun tarieven verlagen c.q. aanpassen aan het gemiddelde gecontracteerde tarief.

Vervolgens gaat de rechtbank in op de vordering van Forte GGZ dat de polisvoorwaarden buiten beschouwing moeten blijven, aangezien sprake zou zijn van oneerlijke handelspraktijken. Forte GGZ betoogt dat de beperking in de polisvoorwaarden van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders buiten beschouwing moet blijven, omdat De Friesland de verzekerde vooraf onvoldoende informatie heeft verstrekt over de inhoud en gevolgen daarvan. De rechtbank oordeelt dat geen sprake is van misleidende polisvoorwaarden. Wel oordeelt de rechtbank dat het inkoopbeleid van De Friesland, inhoudende dat uitsluitend wordt gecontracteerd met partijen die in het voorgaande jaar ook een inkoopcontract hadden, discriminatoir van aard is en derhalve onrechtmatig is jegens Forte GGZ. De schade van Forte GGZ is het verschil in vergoeding van De Friesland aan niet-gecontracteerde en gecontracteerde zorgaanbieders. Voor het vaststellen van de vergoeding die Forte GGZ als gecontracteerde zorgaanbieder had kunnen krijgen, sluit de kantonrechter aan bij een gemiddeld gecontracteerd tarief van 90 procent van het NZa-tarief.

In het vervolg van deze annotatie zullen wij ingaan op de invulling door de rechtbank van het hinderpaalcriterium en zullen wij de onderhavige uitspraak vergelijken met de uitspraak van het Gerechtshof Arnhem Leeuwarden van 23 januari 2018 (Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710).

### **Invulling artikel 13 Zvw**

De Hoge Raad heeft bij uitspraak van 11 juli 2014, genaamd *CZ/Momentum*, invulling gegeven aan artikel 13 Zvw en het daarin verdisconteerde hinderpaalcriterium. De Hoge Raad overweegt in deze uitspraak dat de door de zorgverzekeraar in het geval van een naturopolis te bepalen vergoeding voor de kosten van niet-gecontracteerde zorg niet zo laag mag zijn *‘dat die voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal zou vormen om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden’*. Voorts werd door de Hoge Raad in deze uitspraak de vuistregel aangenomen dat bij een vergoeding van 75-80 procent van het ‘marktconforme tarief’ geen sprake is van een feitelijke hinderpaal. In de onderhavige uitspraak oordeelt de rechtbank dat bij vergoeding van een lager percentage niet zonder meer sprake is van een feitelijke hinderpaal. Het is echter aan de zorgverzekeraar om aan te tonen dat dit niet het geval is. De rechtbank houdt zodoende de deur op een kier voor de zogenoemde polissen onder beperkende voorwaarden.

Uit de rechtspraak volgt dat het vergoedingspercentage volgens de polisvoorwaarden bepalend is voor de vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal (zie bijvoorbeeld: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682). De vuistregel dat geen sprake is van een feitelijke hinderpaal bij een vergoedingspercentage van 75-80 procent van het marktconforme tarief heeft ook in de rechtspraak na *CZ/Momentum* standgehouden (zie onder andere: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (vzr.) 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6682; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden (vzr.) 18 november 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8895, *GZR-Updates* 2014-0466, m.nt. Van Schelven; Rechtbank Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578 en Rechtbank Zeeland-West-Brabant (vzr.) 24 juni 2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3891).

In de onderhavige uitspraak staat niet ter discussie dat de vergoeding die De Friesland betaalt aan niet-gecontracteerde zorgaanbieders, zijnde 70 procent van het laagst door haar gecontracteerde tarief, niet in overeenstemming is met voornoemde vuistregel. Aangezien de rechtbank van oordeel is dat dit niet via de hardheidsclausules in de polissen kan worden gecompenseerd is het ons inziens begrijpelijk dat de rechtbank van oordeel is dat sprake is van een feitelijke hinderpaal.

Het percentage zoals door de Hoge Raad geformuleerd in zijn vuistregel is echter wel een gemiddelde. De vraag of sprake is van een feitelijke hinderpaal dient te worden beantwoord naar de omstandigheden van het geval. Een vergoeding van 85 procent kan bijvoorbeeld een feitelijke hinderpaal opleveren bij een complexe en dure operatie, terwijl een vergoeding van bijvoorbeeld 30 procent geen feitelijke hinderpaal hoeft op te leveren bij een kleine en goedkope ingreep (zie ook: Rechtbank Midden-Nederland 21 oktober 2015, ECLI:NL:RBMNE:2015:7578).

Tot aan de uitspraak van de Hoge Raad in *CZ/Momentum* was het oordeel van de NZa dat het zorgverzekeraars in beginsel vrij stond om invulling te geven aan de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, zolang deze maar hoger was dan nihil (Beleidsregel Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (Zvw) (TH/BR-009), p. 36) Beleidsregel Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (Zvw) (TH/BR-009), p. 36. Beleidsregel Toezichtkader zorgplicht zorgverzekeraars (Zvw) (TH/BR-009), p. 36.. Naar aanleiding van de uitspraak van de Hoge Raad in *CZ/Momentum* is dit oordeel gewijzigd. De NZa en de minister van VWS zijn echter, voor zover bij ons bekend, tot op heden van oordeel dat voor de vraag wanneer sprake is van een feitelijke hinderpaal geen harde grens kan worden gesteld. Dit is, zo volgt ook uit de rechtspraak, afhankelijk van de omstandigheden van het geval (zie ook: B.A. van Schelven en M.M. Janssen, 'Het hinderpaalcriterium drie jaar na *CZ/Momentum*', *TvGR* 2017, p. 479-491).

Deze omstandigheden van het geval zijn ons inziens op een relatief eenvoudige manier te bepalen, indien een individuele verzekerde een beroep doet op artikel 13 Zvw en stelt dat op grond van de polisvoorwaarden en zijn persoonlijke omstandigheden geen keuze kan worden gemaakt voor een zorgaanbieder van zijn keuze, omdat niet de daadwerkelijke zorgkosten door de zorgverzekeraar worden vergoed. Een individuele verzekerde kan immers de kosten voor zijn individuele behandeling inzichtelijk maken. Een dergelijke beoordeling is veel moeilijker te maken indien een niet-gecontracteerde zorgaanbieder een beroep doet op artikel 13 Zvw en stelt dat een deel van zijn patiënten geen keuze kan maken aangezien sprake is van een feitelijke hinderpaal.

### **Een beroep op artikel 13 Zvw door een zorgaanbieder**

Uit de rechtspraak volgt dat zowel de verzekerde als de zorgaanbieder een beroep kan doen op artikel 13 Zvw (CBB 1 december 2015, ECLI:NL:CBB:2015:370, *AB* 2016/106, m.nt. W.I. Koelewijn en B. Wallage en HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241, *GJ* 2016/33, m.nt J.G. Sijmons). Het bestuursrechtelijke relativiteitsbeginsel staat daar niet aan in de weg. Dit roept, net zoals in de onderhavige uitspraak het geval was, de vraag op welke patiëntenpopulatie dient te worden beoordeeld bij de invulling van het hinderpaalcriterium, indien een zorgaanbieder een beroep doet op artikel 13 Zvw. Immers, bij de minst draagkrachtige patiënten van een zorgaanbieder is sneller sprake van een feitelijke hinderpaal c.q. een beperking van de keuzevrijheid, dan bij patiënten met een hoog inkomen of groot vermogen.

De Rechtbank Midden-Nederland heeft in 2015 geoordeeld dat de stelling dat de minst draagkrachtige patiënt van een zorgaanbieder de maatstaf vormt voor het hinderpaalcriterium geen steun vindt in de wetsgeschiedenis en ook niet in de jurisprudentie in de Hoge Raad (Rechtbank Midden-Nederland 21 oktober 2015, *GZR-Updates* 2015-0465). De zorgaanbieder

in deze zaak, Conductore B.V. (hierna: 'Conductore'), is tegen dit oordeel in hoger beroep gegaan. Het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden heeft op 23 januari 2018 uitspraak gedaan in dit hoger beroep (zie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710, *GZR-Updates* 2018-0049).

In de voornoemde zaak waarin het hof uitspraak heeft gedaan, staan de volgende feiten en omstandigheden centraal. De zorgaanbieder Conductore levert geestelijke gezondheidszorg onder het basispakket aan onder meer de verzekerden van Achmea. Achmea heeft met Conductore geen overeenkomst gesloten. Op grond van de polisvoorwaarden betaalt Achmea 75 procent van het marktconforme tarief aan Conductore voor de geleverde niet-gecontracteerde zorg. Conductore is van oordeel dat Achmea in strijd handelt met artikel 13 Zvw door niet de volledige zorgkosten (het NZa-maximumtarief) te vergoeden.

Het hof oordeelt, onder verwijzing naar het arrest *CZ/Momentum*, dat het vergoedingspercentage van 75-80 procent van het marktconforme tarief als een breed gedragen praktijknorm geldt voor de hoogte van de te vergoeden niet-gecontracteerde zorg. Bij de invulling van het vergoedingspercentage dient naar het oordeel van het hof, bij een beroep op artikel 13 Zvw door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder, te worden uitgegaan van de gemiddelde ('modale') patiënt en niet van de minst verdienende en minst vermogende patiënt. Voorts oordeelt het hof dat Conductore niet heeft aangetoond dat patiënten bij een vergoeding door Achmea van 75 procent van het marktconforme tarief voor niet-gecontracteerde zorg, zich niet tot Conductore hebben kunnen wenden omdat zij een deel van de behandeling zelf moesten betalen. Het hof geeft daarbij expliciet aan dat Conductore in dat kader bijvoorbeeld een lijst van verzekerden had kunnen overleggen die, gezien de te betalen zorgkosten, zijn afgehaakt.

### **De ontstane onduidelijkheid voor de rechtspraak**

Opvallend is dat de onderhavige uitspraak van de rechtbank haaks staat op de uitspraak van het hof d.d. 23 januari 2018. Waar de rechtbank bij een beroep van een niet-gecontracteerde zorgaanbieder op artikel 13 Zvw en het daarin verdisconteerde hinderpaalcriterium uitgaat van de minst draagkrachtige patiënt, gaat het hof uit van de 'modale patiënt'. Het is ons niet bekend of tegen de onderhavige uitspraak, door De Friesland, hoger beroep is ingesteld. De kans dat de onderhavige uitspraak in hoger beroep bij het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden stand houdt, is met het oog op de uitspraak van het hof van 23 januari 2018, op voorhand niet groot.

De ratio achter artikel 13 Zvw is dat ook een verzekerde met een naturapolis kan kiezen voor een zorgaanbieder van eigen keuze, ook indien de zorgverzekeraar niet met die zorgaanbieder

heeft gecontracteerd. Indien een niet-gecontracteerde zorgaanbieder een beroep doet op artikel 13 Zvw achten wij het begrijpelijk dat bij de beoordeling van het hinderpaalcriterium allereerst naar de vuistregel van de Hoge Raad inzake *CZ/Momentum* wordt gekeken. In dat kader dient door de zorgverzekeraar 75-80 procent van het marktconforme tarief te worden vergoed. In de onderhavige uitspraak stond, anders dan in de uitspraak van het hof van 23 januari 2018, niet ter discussie dat De Friesland slechts 70 procent van het laagst door haar gecontracteerde tarief voor de niet-gecontracteerde zorg vergoedde. Een schending van het hinderpaalcriterium lijkt in dat geval, mede omdat het verweer van De Friesland dat dit vergoedingspercentage in individuele gevallen op grond van de in de polisvoorwaarden opgenomen hardheidsclausule kan worden verhoogd niet slaagt, voor de hand te liggen. In de zaak die voorlag bij het hof werd door de zorgverzekeraar wel 75-80 procent van het marktconforme tarief vergoed voor de geleverde niet-gecontracteerde zorg door Conductore.

Ook de omstandigheden van het geval, waaronder in ieder geval begrepen de kosten die de verzekerde zelf dient bij te dragen aan de zorgkosten, zijn echter van belang bij de invulling van het hinderpaalcriterium. Op grond van artikel 13 lid 4 Zvw mogen de specifieke kenmerken van de verzekerden geen rol spelen bij de invulling van het vergoedingspercentage (zie ook: *MvT, Kamerstukken II 2003/04, 29763, 3, p. 110*). Aangezien een verlaging van het vergoedingspercentage door de zorgverzekeraar de keuzevrijheid juist voor de minst draagkrachtige patiënten belemmert, immers mensen met een hoog inkomen c.q. vermogen kunnen een zorgaanbieder van keuze zelf financieren, is de overweging van de rechtbank dat bij de invulling van het vergoedingspercentage ook rekening dient te worden gehouden met deze groep patiënten ons inziens begrijpelijk. Aangezien op grond van artikel 13 lid 4 Zvw de specifieke kenmerken van verzekerden geen rol mogen spelen bij de invulling van het vergoedingspercentage, is de nadere invulling van de rechtbank van het hinderpaalcriterium waarbij in zijn algemeenheid aansluiting wordt gezocht bij de maximale hoogte van het vrijwillig eigen risico een uitkomst, die aansluit bij de ratio achter het hinderpaalcriterium. Daarbij merken wij wel op dat hierdoor het onderscheid tussen gecontracteerde en niet-gecontracteerde zorgaanbieders van minder groot belang wordt en zorgverzekeraars minder effectief gebruik kunnen maken van de marktwerking in de zorg. Daarin moet tevens worden meegenomen dat in het systeem van marktwerking zorgverzekeraars bewust kunnen kiezen een zorgaanbieder niet te contracteren, omdat deze in de ogen van de zorgverzekeraar geen goede zorg levert. De zorgverzekeraar beschikt nu over weinig krachtige middelen om ervoor te zorgen dat de verzekerde geen zorg betreft bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Ook is het systeem van het (vrijwillig) eigen risico bedoeld om verzekerden te stimuleren afgewogen gebruik te maken van medische voorzieningen en niet om invulling te geven aan artikel 13 lid 1 Zvw.

De wetgever heeft met artikel 13 Zvw ook niet de intentie gehad om de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg volledig door zorgverzekeraars te laten vergoeden. In dat geval zou het onderscheid tussen een restitutie- en naturaverzekering namelijk volledig komen te vervallen. Het is daarom begrijpelijk dat de rechtbank niet is meegegaan in het argument van Forte GGZ dat op basis van de cijfers van het Nibud een bedrag van € 48 of hoger al een feitelijke hinderpaal opwerpt voor de minst draagkrachtigen. Een dergelijk laag bedrag zou het verschil tussen een naturapolis en een restitutiepolis tenietdoen. De korting op de vergoeding indien een verzekerde met een naturaverzekering zich wendt tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder mag alleen niet zo hoog zijn dat deze een belemmering vormt voor de verzekerde om zich te wenden tot deze zorgaanbieder van keuze. De invulling van de rechtbank in de onderhavige uitspraak, waarbij aansluiting wordt gezocht bij het hoogste vrijwillig eigen risico, is een nieuwe invulling van de beoordeling van het hinderpaalcriterium.

### **Conclusie**

Gezien de recente uitspraken aangaande het hinderpaalcriterium blijft het vooralsnog voor de rechtspraak onduidelijk welke maatstaf dient te worden gehanteerd indien een niet-gecontracteerde zorgaanbieder een beroep doet op het hinderpaalcriterium. Duidelijk is wel dat het laagst gecontracteerde tarief in beginsel niet als maatstaf mag dienen voor de vergoeding van niet-gecontracteerde zorgaanbieders maar dat dient te worden uitgegaan van het markconforme tarief.

De in deze annotatie besproken uitspraken tonen aan dat er in ons zorgstelsel een wrijving bestaat tussen enerzijds keuzevrijheid (patiëntenrechten) en anderzijds de beheersing van de zorgkosten.

Wij zien de toekomstige ontwikkelingen omtrent de invulling van het hinderpaalcriterium met belangstelling tegemoet.

*mr. B. Wallage en mr. E. Jacobs*