

ANNOTATIE

'De hoogte van de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg in het licht van het hinderpaalcriterium.'

mr. B.A. van Schelven

*Annotatie bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 09-07-2013,
ECLI:NL:GHSHE:2013:2971 (GZR-2014-0013)*

1. Inleiding

In dit arrest laat het Hof 's-Hertogenbosch zich voor de tweede maal uit over het zogeheten hinderpaalcriterium (eerder: Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW9803, GJ 2012/133 m.nt. Rijken). Het hinderpaalcriterium houdt in dat de vergoeding die een naturazorgverzekeraar ex artikel 13 lid 1 Zorgverzekeringswet ('Zvw') voor niet-gecontracteerde zorg dient uit te keren, niet zodanig laag mag zijn dat daarmee voor verzekerden een feitelijke hinderpaal wordt opgeworpen die zorg af te nemen.

In casu stelde zorgverzekeraar CZ de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg per 1 januari 2013 op 50%. Momentum, een aanbieder van verslavingszorg, vond dat CZ daarmee in strijd handelde met het hinderpaalcriterium, en betrok CZ in rechte. In eerste aanleg stelde de voorzieningenrechter Momentum in het gelijk (Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.) 14 maart 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:BZ4071, TvGR 2013/37 m.nt. Meersma & Van Schelven, GJ 2013/70 m.nt. Van den Ende). CZ ging in beroep, maar het hof bekrachtigt het vonnis van de voorzieningenrechter. Inmiddels is cassatie ingesteld.

2. Hinderpaalcriterium: Europeesrechtelijke ontwikkeling of zelfstandig onderdeel Zvw?

Een van de vragen die in dit arrest aan de orde was, is of het hinderpaalcriterium thans

geldend recht is. Het hof beantwoordt die vraag bevestigend. Ter discussie staat echter of de wetgever met het hinderpaalcriterium enkel op een Europeesrechtelijke ontwikkeling heeft willen wijzen, of dat de wetgever bedoeld heeft het hinderpaalcriterium zelfstandig onderdeel te maken van de Zvw (J.J. Rijken, 'De voorgenen wijziging van artikel 13 Zvw – een kleine ingreep aan het hart van de zorgverzekering', TvGR 2012, p. 475-481). In het eerste geval kan een Europeesrechtelijke ontwikkeling in een andere richting het hinderpaalcriterium buiten werking stellen, zonder dat de Nederlandse wetgever daar aan te pas komt. In het tweede geval zal het hinderpaalcriterium in principe enkel zijn werking kunnen worden ontnomen door een wetswijziging.

Het eerste standpunt wordt ingenomen door de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport ('de minister'). De minister is van mening dat met de inwerkingtreding van EU-richtlijn Patiëntenrechten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg (Richtlijn 2011/24/EU, Pb EU 2011, L 88/45) de Europeesrechtelijke jurisprudentie waaruit het hinderpaalcriterium voortvloeit (HvJ EG 13 mei 2003, C-385/99, TvGR 2003/53 m.nt. G.J. Hamilton (Müller-Fauré)) achterhaald is (daarover kritisch: J.W. van de Gronden, 'Grensoverschrijdend patiëntenverkeer in de Zorgverzekeringswet: is de voorgenen wijziging van artikel 13 Europeesrechtelijk houdbaar?', TvGR 2013, p. 4-17; 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). Het zou naturazorgverzekeraars zodoende nu al vrijstaan de hoogte van de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg naar believen vast te stellen, zolang die vergoeding maar niet nihil is. Het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Zvw is in de ogen van de minister daarom slechts een 'redactionele aanpassing', waarbij de enige inhoudelijk wijziging erin bestaat dat naturazorgverzekeraars de vergoeding ook op nihil mogen vaststellen (Kamerstukken II, 2012/13, 33362, 7, p. 74; 86).

Een variant op dit standpunt luidt dat de tekst van artikel 13 lid 1 Zvw voldoende duidelijk is, zodat voor een wetshistorische interpretatie geen ruimte bestaat. Voor de rechter rest dan het toepassen van de regel op de feiten. Dat standpunt werd recent ook door CZ ingenomen in een andere procedure (Rb. Zeeland-West-Brabant (vzr.), 28 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:4907). De rechter oordeelde echter anders, waarbij hij verwees naar het volgende citaat uit de wetsgeschiedenis: 'Dit wetsvoorstel voorziet erin dit EU-aspect [het hinderpaalcriterium – BvS] te veralgemeniseren.' (Kamerstukken II, 2003/04, 29763, 3, p. 31). Hier botsen twee visies op de taakopvatting van de rechter. Die van CZ gaat terug op De Montesquieu: 'de rechters van een land zijn (...) niet meer dan de mond die de woorden van de wet spreekt' (C.L. de Montesquieu, Over de geest van de wetten, Amsterdam: Boom 2006, p. 227 (De l'esprit des loix 1748, vertaald door J. Holierhoek)). Dichter bij huis benadrukt Wiarda dat de rechter vaker dan wordt aangenomen 'door een eenvoudig syllogisme tot zijn beslissing

[kan] komen' (G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999). Daarentegen schrijft Paul Scholten in zijn Algemeen Deel dat de rechter de zin van de wet moet proberen te vinden door de wet zowel in objectieve als in subjectieve zin te interpreteren. Dat bij een duidelijke wettekst de letter van de wet beslissend zou zijn, wijst Scholten van de hand: 'het gezag van de taal is groot – doch niet het enige' (P. Scholten, Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen Deel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 33-34; 41).

3. Wanneer is sprake van een hinderpaal?

Het moge duidelijk zijn dat voor een wetshistorische interpretatie van artikel 13 lid 1 Zvw zowel voor- als tegenargumenten bestaan. Met het oog op de bestendige lijn die zich inmiddels in de jurisprudentie aftekent (zie ook Rb. Gelderland (vzr.) 3 oktober 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:3989), ga ik in het vervolg van deze annotatie ervan uit dat het hinderpaalcriterium geldend recht is. Dat biedt ruimte voor een nieuwe en interessante discussie, die tot op heden onderbelicht is gebleven: hoe hoog dient de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg te zijn, wil zich geen strijdigheid met het hinderpaalcriterium voordoen?

Het hof stelt die hoogte in casu vast op 75% van het tarief, hetgeen het hof baseert op de breed gedragen praktijknorm voor vergoeding van niet-gecontracteerde zorg. De hoogte van de breed gedragen praktijknorm leidt het hof af uit uitspraken van de minister (r.o. 4.4.4.3). Dat is echter niet de juiste bron om uit te putten, omdat de minister niet gaat over de praktijk van vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorg en dat ook niet wil (Kamerstukken II, 2004/05, 29763, 26, p. 14). Het hof had zich voor de breed gedragen praktijknorm daarom beter kunnen baseren op de Marktscan van de NZa, die blijkens r.o. 4.1.7. ook onderdeel uitmaakte van het procesdossier.

Wat daar ook van zij, volgens het hof vindt de invulling van het hinderpaalcriterium plaats door aansluiting bij de breed gedragen praktijknorm '[b]ij gebreke van andere, objectieve gegevens' (r.o. 4.4.4.1.). Dat geeft de indruk dat het hof hiermee geen harde rechtsregel heeft willen formuleren.

Maar ook bij een zoektocht naar een harde rechtsregel zal de breed gedragen praktijknorm al snel terzijde moeten worden geschoven. De breed gedragen praktijknorm is immers afhankelijk van het gedrag van zorgverzekeraars. Op dit moment is de breed gedragen praktijknorm 75-80% van het wettelijk tarief, maar het kan zo maar zijn dat deze over twee jaar daalt naar 50% en over vijf jaar naar 30%. In dat geval kan toch niet worden volgehouden dat geen hinderpaal wordt opgeworpen voor het afnemen van niet-gecontracteerde zorg. Het valt niet te verwachten dat de financiële draagkracht van verzekerden evenredig aan die daling

zal toenemen, of dat zorgverzekeraars bij de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg rekening gaan houden met de financiële draagkracht van hun verzekerden.

De vraag of een bepaalde vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg een hinderpaal vormt om die zorg te betrekken, is daarom ontegenzeggelijk verbonden met de financiële draagkracht van de individuele verzekerde. Of een verzekerde een bepaald percentage van door hem genoten zorg kan betalen, valt niet los te zien van de euro's die hij heeft te besteden.

Zodoende ziet het er naar uit dat in de zoektocht naar een harde rechtsregel ter invulling van het hinderpaalcriterium moet worden aangehaakt bij de financiële draagkracht van verzekerden. Problematisch is dat artikel 13 lid 4 Zvw zich ertegen verzet dat de hoogte van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg afhankelijk wordt gemaakt van de financiële draagkracht van een individuele verzekerde (Kamerstukken II, 2003/04, 29763, 3, p. 109-110). Deze spanning tussen enerzijds het verbod op een vergoeding die is gedifferentieerd naar de financiële draagkracht van de individuele verzekerde, en anderzijds de verwevenheid van de financiële draagkracht van de individuele verzekerde met de beoordeling of sprake is van een hinderpaal, kan worden opgelost door aansluiting bij de financieel minst draagkrachtige verzekerden. Indien een vergoeding voor hen geen hinderpaal vormt, zal dat voor de meer draagkrachtige verzekerden ook niet het geval zijn.

Dit zou betekenen dat een naturazorgverzekeraar de restitutie van niet-gecontracteerde zorg slechts mag korten met een klein aantal procentpunten. Maar een generieke procentuele korting (zoals dat ook thans wordt gehanteerd), lijkt mij strijdig met het concept van het hinderpaalcriterium. Een generieke procentuele korting op een zorgproduct van € 50.000 zal voor de financieel minst draagkrachtige verzekerden nog steeds een feitelijke hinderpaal betekenen, terwijl dat bij een generieke procentuele korting op een zorgproduct van € 80 niet zo zal zijn. De enige mogelijkheid om strijdigheid met het hinderpaalcriterium te voorkomen, is daarom dat naturazorgverzekeraars de restitutie van niet-gecontracteerde zorg hoogstens met een klein bedrag in euro's mogen korten. Ook voor de financieel minst draagkrachtige verzekerden zal namelijk geen feitelijke hinderpaal worden opgeworpen als zij zelf € 20 moeten betalen voor door hen genoten niet-gecontracteerde zorg.

Deze invulling van het hinderpaalcriterium vindt ook steun in de wetsgeschiedenis van de Zvw. Hoewel de naturazorgverzekeraar alle vrijheid heeft bij het berekenen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg, is de gedachte achter de korting op de restitutie van niet-gecontracteerde zorg dat verzekerden door het betrekken daarvan 'een administratieve last veroorzaken voor hun zorgverzekeraar' (Kamerstukken II, 2003/04, 29763, 3, p. 31; 109). Het is niet aannemelijk dat die extra administratieve last een korting van meer dan een klein bedrag in euro's rechtvaardigt en een generieke procentuele korting zal een dergelijk bedrag al snel

ontstijgen.

4. Slotsom

De slotsom is dat het concept van het hinderpaalcriterium zich verzet tegen de invulling die daaraan tot nog toe is gegeven. De breed gedragen praktijknorm kan geen dienst doen als harde rechtsregel bij de beoordeling of sprake is van een hinderpaal. Slechts de financiële draagkracht van de individuele verzekerde is van belang. Omdat artikel 13 lid 4 Zvw niet toestaat dat de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg wordt gedifferentieerd naar de financiële draagkracht van de individuele verzekerde, zal moeten worden aangesloten bij de financieel minst draagkrachtige verzekerden. Praktisch betekent dit dat naturazorgverzekeraars voor niet-gecontracteerde zorg tegen een (veel) hogere vergoeding moeten uitkeren dan thans het geval is; in ieder geval totdat de Hoge Raad uitspraak doet, dan wel het wetsvoorstel tot wijziging van artikel 13 Zvw door het parlement is.