

arrest

IN NAAM VAN DE KONING

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.259.907

(zaaknummer rechtbank Gelderland, zittingsplaats Arnhem, NL17.14249)

arrest van 6 oktober 2020

in de zaak van

de onderlinge waarborgmaatschappij

Centrale Zorgverzekeraarsgroep Zorgverzekeraar U.A.,

gevestigd te Tilburg,

appellante in het principaal hoger beroep,

geïntimeerde in het incidenteel hoger beroep,

in eerste aanleg: voegende partij aan de zijde van verweerder,

hierna: CZ,

advocaat: mr. K. Teuben,

tegen

de stichting

Stichting Handhaving Vrije Artsenkeuze,

gevestigd te Zeist,

geïntimeerde in het principaal hoger beroep,

appellante in het incidenteel hoger beroep,

in eerste aanleg: eiseres,

hierna: de Stichting,

advocaat: mr. K. Mous.

1. Het verdere verloop van het geding in het principaal en in het incidenteel hoger beroep

1.1 Het hof verwijst naar het tussenarrest van 11 februari 2020. Ingevolge dit tussenarrest heeft op 24 juni 2020 een comparitie van partijen. Hierbij is akte verleend van de stukken (de producties 6 en 7) die van de zijde van de Stichting bij bericht 12 juni 2020 zijn ingebracht. Het van de comparitie opgemaakte proces-verbaal bevindt zich in afschrift bij de stukken.

1.2 Na afloop van deze comparitie heeft het hof arrest bepaald op het door CZ overgelegde procesdossier.

2. De vaststaande feiten

Het hof gaat in hoger beroep uit van de volgende feiten.

2.1 De Stichting is op 25 mei 2014 opgericht en heeft volgens de statuten de volgende

doelen:

- a. belangenbehartiging van zorgverleners, zoals medisch specialisten, klinieken, GGZ-instellingen, psychiaters, psychologen, psycho-therapeuten, paramedici en alle andere BIG geregistreerde zorgaanbieders. Onder belangenbehartiging wordt mede verstaan het continueren van de vrije artskeuze voor patiënten;
- b. het aangaan van gerechtelijke procedures namens deelnemers inzake het realiseren van de handhaving van de vrije artskeuze en/of het verhalen van schade ontstaan door het opheffen van de vrije artskeuze;
- c. het verrichten van alle verdere handelingen, die met het vorenstaande in de ruimste zin verband houden of daartoe bevorderlijk kunnen zijn.

2.2 CZ is een zorgverzekeraar als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder b, van de Zorgverzekeringswet (Zvw). Het label 'CZ' kent twee naturapolissen, te weten de Zorgbewustpolis en de Zorg-op-maatpolis. Bij de eerste polis wordt bij niet-gecontracteerde aanbieders 70% vergoed bij het wettelijk (punt) tarief (zijnde het vaste tarief dat op basis van de Wet marktordening gezondheidszorg (Wmg) door de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) is vastgesteld voor bepaalde zorg), of indien er geen wettelijk tarief is, maximaal 70% van het afgesproken tarief (zijnde het gemiddeld gecontracteerde tarief). Bij de tweede polis bedraagt het percentage 75%. Het label 'CZdirect' heeft één naturapolis. Ook hier wordt een bepaald percentage, te weten 65%, vergoed van het wettelijk (punt)tarief of, indien er geen wettelijk tarief is, maximaal 65% van het gemiddeld gecontracteerde tarief (het afgesproken tarief).

2.3 Verzekeringplichtigen kunnen kiezen tussen twee hoofdvormen van zorgverzekeringen, te weten een naturaverzekering of een restitutieverzekering. Bij een restitutieverzekering verstrekt de zorgverzekeraar aan de verzekerde een vergoeding voor de kosten van de zorg. Bij een naturaverzekering ontvangt de verzekerde in beginsel zorg van een zorgaanbieder met wie de zorgverzekeraar een overeenkomst heeft gesloten (hierna: de gecontracteerde zorgaanbieder). Indien een naturaverzekerde zorg afneemt van een zorgaanbieder die geen contract heeft met de zorgverzekeraar (hierna: de niet-gecontracteerde zorgaanbieder) krijgt de verzekerde het hiervoor in de polisvoorwaarden omschreven gedeelte van zijn kosten vergoed.

2.4 CZ heeft in de polisvoorwaarden van haar budgetpolis een hardheidsclausule opgenomen, kort gezegd inhoudende dat indien een lagere vergoeding van de zorg verleend door een niet-gecontracteerde zorgaanbieder een belemmering vormt voor de verzekerde om naar die betreffende zorgaanbieder te gaan, de verzekerde een verzoek kan indienen bij de zorgverzekeraar om alsnog een hoger percentage vergoed te krijgen. CZ vergoedt bij honorering van dat verzoek een maximumpercentage van 75% van het (gewogen) gemiddeld gecontracteerde tarief.

3. Het geschil en de beslissing in eerste aanleg

3.1 De Stichting heeft in eerste aanleg, samengevat, een verklaring voor recht gevorderd dat:

A. de zorgverzekeraars (naast CZ ook Zilveren Kruis en VGZ/Menzis, zie de arresten op dezelfde dag gewezen ten aanzien van deze andere zorgverzekeraars onder zaaknummers 200.255.894 resp. 200.259.906) bij de berekening van de vergoeding ex artikel 13 Zvw voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen (waaronder tevens de 'budgetpolissen' dienen te worden verstaan) een marktconform tarief tot uitgangspunt dienen te nemen, hetgeen *primair* betekent het feitelijk door niet-gecontracteerde zorgaanbieders gehanteerde tarief ter

hoogte van maximaal het Wmg-tarief, tenzij, indien geen Wmg-tarief is vastgesteld, het feitelijk door niet-gecontracteerde zorgaanbieders gehanteerde tarief niet binnen de bandbreedte ligt van de door de zorgverzekeraars gecontracteerde tarieven en de zorgverzekeraars aannemelijk hebben gemaakt dat het feitelijk door niet-gecontracteerde aanbieders gehanteerde tarief redelijkerwijs niet passend is te achten in de Nederlandse marktomstandigheden en *subsidiar* het feitelijk door niet-gecontracteerde zorgaanbieders gehanteerde tarief, tenzij dit tarief niet valt binnen de bandbreedte van de door de zorgverzekeraars gecontracteerde tarieven en de zorgverzekeraars aannemelijk hebben gemaakt dat deze bandbreedte marktconform is, wat concreet betekent dat het aantoonbaar correspondeert met de reële prijzen die in de markt voor het betreffende zorgproduct worden gehanteerd, in welk geval het bedrag binnen genoemde bandbreedte als uitgangspunt dient te worden genomen dat het feitelijk gehanteerde tarief het dichtst benadert en *meer subsidiar* dat de zorgverzekeraars uitsluitend het door hen gemiddeld gecontracteerde tarief als uitgangspunt mogen nemen indien zij aannemelijk hebben gemaakt dat dit tarief marktconform is, wat concreet betekent dat het aantoonbaar correspondeert met de reële prijzen die in de markt voor het betreffende zorgproduct worden gehanteerd;

B. de zorgverzekeraars bij naturapolissen *primair* niet, ter uitoefening van hun bevoegdheden ex artikel 13 Zvw, een generiek en zorgtype- en zorgkostenonafhankelijk kortingspercentage op het marktconforme tarief in mindering mogen brengen, maar uitsluitend, en met hantering in alle gevallen van een bovengrens van 25%, een korting respectievelijk een (variabel) kortingspercentage waarvan de zorgverzekeraars aannemelijk hebben gemaakt dat het correspondeert met de reële en daadwerkelijke extra (administratie)kosten die gepaard gaan met de afwikkeling van de niet-gecontracteerde zorg in kwestie, en dat zodanig is dat geen feitelijke hinderpaal bestaat voor het invoeren van die niet-gecontracteerde zorg en *subsidiar* dat de zorgverzekeraars bij naturapolissen te allen tijde verplicht zijn om ten minste 75 % te vergoeden van het marktconforme tarief; met veroordeling van de zorgverzekeraars hoofdelijk in de kosten van het geding en in de nakosten.

3.2 CZ heeft zich in eerste aanleg in de hoofdzaak tussen de Stichting en VGZ/Menzis gevoegd aan de zijde van VGZ/Menzis, terwijl Zilveren Kruis in die hoofdzaak is tussengekomen. Zilveren Kruis heeft kort samengevat, een verklaring voor recht gevorderd dat het gemiddeld gecontracteerde tarief zoals gedefinieerd in de polisvoorwaarden van Zilveren Kruis als uitgangspunt mag worden genomen teneinde de vergoeding voor naturaverzekerden die niet-gecontracteerde zorg afnemen te bepalen, met veroordeling van de Stichting in de kosten van het geding en in de nakosten.

3.3 De rechtbank heeft bij vonnis van 1 februari 2019 zowel de vorderingen van de Stichting als die van Zilveren Kruis afgewezen. De rechtbank heeft de kosten van de procedure gecompenseerd, in die zin dat iedere partij (de Stichting, Zilveren Kruis, VGZ/Menzis en CZ) de eigen kosten draagt. Daartoe heeft de rechtbank, kort weergegeven, allereerst overwogen dat de Stichting, die op grond van artikel 3:305a BW procedeert, ontvankelijk is in haar vorderingen omdat zij heeft voldaan aan de in dat artikel opgenomen vereisten voor ontvankelijkheid. Ook heeft de Stichting (over de boeg van de zorgaanbieders) een zelfstandig belang bij beantwoording van de vraag over de uitleg van artikel 13 Zvw. Vervolgens heeft de rechtbank geoordeeld dat het hinderpaalcriterium (nog steeds) in artikel 13 Zvw besloten ligt. Of het hinderpaalcriterium al dan niet in strijd is met het bepaalde in artikel 206 van de richtlijn Solvabiliteit II kan verder volgens de rechtbank in het midden blijven. Aan een richtlijn kunnen geen rechten worden ontleend in horizontale geschillen tussen civiele partijen onderling, terwijl richtlijnconforme interpretatie niet kan

dienen als grondslag voor een uitleg contra legem van het nationale recht. Nu het hinderpaalcriterium onderdeel uitmaakt van artikel 13 Zvw en dus nationaal recht is, treft het verweer van de zorgverzekeraars (welk verweer is gevoerd door VGZ/Menzis en CZ) dat artikel 13 Zvw op grond van het bepaalde in de richtlijn Solvabiliteit II zo moet worden uitgelegd dat in die bepaling geen hinderpaalcriterium besloten ligt - dus contra legem - geen doel. Vervolgens oordeelde de rechtbank over de kernvraag van de procedure - de vraag hoe de vergoeding in geval van een naturopolis bij niet-gecontracteerde zorg berekend dient te worden, meer in het bijzonder welk tarief als uitgangstarief dient te worden gehanteerd bij het bepalen van de hoogte van de vergoeding van de niet-gecontracteerde zorg en op basis van welke criteria en met inachtneming van welke grenzen op dit uitgangstarief welke korting in mindering mag worden gebracht - dat het uitgangstarief het gewogen gemiddeld gecontracteerde tarief is en dat het de verzekeraars niet is toegestaan om hierop een generiek kortingspercentage toe te passen (wat de verzekeraars nu doen, waarbij CZ als gezegd een generiek kortingspercentage van 25%-35% in haar naturopolissen hanteert). Anders dan een generiek kortingspercentage dat voor alle vormen van niet-gecontracteerde zorg geldt, zullen de zorgverzekeraars dit per zorgtype nader moeten bepalen, waarbij rekening moet worden gehouden met de feitelijke (inkoop)kosten per zorgvorm. De rechtbank komt tot de conclusie dat zij, gelet op de insteek van de procedure, niet meer heeft kunnen doen dan een algemeen kader geven voor de wijze waarop een kortingspercentage zou kunnen worden bepaald, zodat geen sprake is van een hinderpaal in de zin van artikel 13 Zvw.

4. De beoordeling van het principaal hoger beroep en de vordering

4.1 CZ is onder aanvoering van vijf grieven, die zich deels voor gezamenlijke behandeling lenen, tegen het oordeel van de rechtbank in hoger beroep gekomen.

ontvankelijkheid Stichting

4.2 Met grief 4 voert CZ aan dat de Stichting niet-ontvankelijk verklaard had moeten worden omdat zij (i) niet voldoet aan de vereisten artikel 3:305a BW en (ii) geen eigen zelfstandig belang heeft bij beantwoording van de vraag over de uitleg van artikel 13 Zvw.

4.3 De vorderingen van de Stichting zijn ingesteld bij wege van een collectieve actie ex artikel 3:305a BW. CZ huldigt de opvatting dat de door de Stichting ingestelde rechtsvordering niet strekt tot behartiging van gelijksoortige belangen. Het vereiste van gelijksoortigheid houdt in dat de belangen ter bescherming waarvan de rechtsvordering strekt, zich lenen voor bundeling, zodat een efficiënte en effectieve rechtsbescherming ten behoeve van belanghebbenden kan worden bevorderd. Anders dan CZ aanvoert, verzet de aard van de betrokken belangen zich naar het oordeel van het hof niet tegen bundeling omdat, zoals hierna zal worden toegelicht bij bespreking van grief 3, de beoordeling van de voorliggende vraag (kort gezegd: 'levert een generiek kortingspercentage voor alle zorgvormen een hinderpaal op voor de verzekerde ex artikel 13 Zvw bij de keuze voor een zorgaanbieder van zijn voorkeur') *niet* afhangt van de individuele omstandigheden waarin een verzekerde verkeert (het 'per verzekerde in kwestie-criterium'). De vorderingen van de Stichting kunnen dus worden beoordeeld los van de bijzondere omstandigheden van iedere afzonderlijke verzekerde. De belangen die zij behartigt zijn voldoende gelijksoortig om in een collectieve actie te worden gebundeld.

4.4 De Stichting heeft, over de boeg van de zorgaanbieders maar naar het oordeel van het hof mede ten behoeve van mogelijke belangen van verzekerden, ook een zelfstandig belang bij beantwoording van de hierboven geformuleerde vraag over de uitleg van artikel 13 Zvw. Voor de motivering ervan verwijst het hof naar de rechtsoverwegingen 5.10-5.12 van de rechtbank en maakt deze tot de zijne. Het hof voegt hier nog aan toe dat, anders dan CZ betoogt, geen wanprestatie in de relatie tussen de zorgverzekeraar en de verzekerde hoeft vast te staan om tot onrechtmatigheid te kunnen oordelen in de relatie tussen een zorgverzekeraar en een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. Het hof verwijst hiervoor naar het arrest van de HR van 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355 inzake *Compaen* waarin is geoordeeld dat voor toepasselijkheid van de ‘schakeljurisprudentie’ (te kennen uit HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004: AO9069 inzake *Vleesmeesters/Alog*) gevolgd door HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 inzake *CZ/Momentum* en HR 6 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3241 inzake *VGZ/Nutricia*) ‘niet mede vereist is dat de aangesproken partij is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst waarbij zij partij is en waarmee de belangen van die derde verbonden zijn’ (rov. 3.3.3).

4.5 Grief 4 is dus tevergeefs voorgesteld.

Hinderpaalcriterium

4.6 Met grief 1 komt CZ op tegen het oordeel van de rechtbank dat het hinderpaalcriterium besloten ligt in artikel 13 Zvw. Zij voert daartoe, onder overlegging van diverse onderzoeksrapporten, aan dat het oordeel van de Hoge Raad in het arrest van 11 juli 2014 inzake *CZ/Momentum* dat het hinderpaalcriterium onderdeel uitmaakt van artikel 13 Zvw, niet langer houdbaar is omdat (na voormeld arrest) het aandeel niet-gecontracteerde zorg is gestegen, in ieder geval in bepaalde sectoren, mede als gevolg waarvan ook de totale zorgkosten zijn gestegen. Met het vasthouden aan het hinderpaalcriterium is de zorgverzekeraar feitelijk zijn instrument ontnomen om door selectieve inkoop kwalitatief goede en doelmatige zorg tegen aanvaardbare kosten te verwezenlijken. Contractering heeft alleen zin als er ook een prikkel is voor (natura)verzekerden om zorg af te nemen bij gecontracteerde zorgaanbieders met wie de zorgverzekeraar op het gebied van doelmatigheid en kostenbeheersing gerichte afspraken heeft gemaakt. Ontbreekt een dergelijke prikkel - hetzelfde geldt aan de kant van de zorgaanbieder - dan zullen de zorgkosten alleen maar toenemen. Anders dan de rechtbank overweegt, aldus nog steeds CZ, leidt een dergelijk terugkomen op het oordeel van de Hoge Raad over het hinderpaalcriterium in relatie tot artikel 13 Zvw niet tot een ‘contra-legem’ uitleg van artikel 13 Zvw. Het hinderpaalcriterium is namelijk niet neergelegd in artikel 13 Zvw zelf maar is als toepasselijk criterium genoemd in de memorie van toelichting op deze bepaling (op basis van een overigens onjuiste uitleg van het arrest *Müller/Fauré* van het Hof van Justitie).

Bovendien is het hinderpaalcriterium naar de mening van CZ in strijd met de Richtlijn Solvabiliteit II (hierna: Solvabiliteit II). Op grond van artikel 181 van deze richtlijn is het lidstaten in beginsel verboden in te grijpen in de polisvoorwaarden van schadeverzekeringen, waaronder zorgverzekeringen. Het hinderpaalcriterium zoals door de Hoge Raad ingelezen in artikel 13 Zvw, betreft zo’n ingrijpen. Dit ingrijpen is alleen toegestaan als aan de drie cumulatieve voorwaarden van artikel 206 Solvabiliteit II is voldaan, kort hierop neerkomend dat het hinderpaalcriterium beoogt het algemeen belang waarop de zorgverzekering betrekking heeft te beschermen, dat dit noodzakelijk is om dat belang te beschermen en proportioneel ten opzichte van dat belang. Aan geen van deze voorwaarden is voldaan. De rechtbank stelt in dit kader weliswaar terecht voorop dat richtlijnconforme interpretatie niet mag leiden tot een uitleg contra legem van een nationaalrechtelijke bepaling, maar de

rechtbank ziet er aan voorbij dat het hinderpaalcriterium door de Hoge Raad is ingelezen in artikel 13 Zvw en dus niet volgt uit de bewoordingen van deze bepaling. Omdat het hinderpaalcriterium dus niet *in de tekst* van artikel 13 Zvw besloten ligt, kan van een contra legem uitleg in het geval van richtlijnconforme interpretatie geen sprake zijn, aldus CZ.

4.7 Naar het oordeel van het hof ligt het hinderpaalcriterium (nog steeds) besloten in artikel 13 Zvw. De wetgever is er destijds nadrukkelijk van uitgegaan dat een vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij een naturaverzekering niet zodanig laag mag zijn dat die een ‘feitelijke hinderpaal’ vormt voor het invoeren van zorg bij een niet-gecontracteerde (buitenlandse) zorgaanbieder (Kamerstukken II 2003-2004, 29 763, nr. 3, p. 31 en Kamerstukken II 2003-2004, 29 763, nr. 7, p. 29 en 98-99). De Hoge Raad heeft vervolgens niet alleen in 2014 (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646, *CZ-Momentum*) overwogen dat het hinderpaalcriterium onderdeel uitmaakt van artikel 13 Zvw, maar heeft dit ook in 2019 (HR 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853 (*Conductore B.V./ Zilveren Kruis Achmea c.s.*)) met zoveel woorden bevestigd. Het hof ziet in de door CZ genoemde redenen waarom het hinderpaalcriterium niet langer houdbaar zou zijn - wat er ook van die redenen zij - geen grond om dit uitgangspunt te verlaten.

4.8 Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of het hinderpaalcriterium, zoals dat besloten ligt in artikel 13 Zvw, al dan niet in strijd is met artikel 206 van de richtlijn Solvabiliteit II. CZ heeft niet (kenbaar) gegriefd tegen de vooropstelling van de rechtbank in rov. 5.17 dat aan een richtlijn geen rechten kunnen worden ontleend in horizontale geschillen zoals hier aan de orde is.

Op grond van artikel 181 van deze richtlijn is het lidstaten in beginsel verboden in te grijpen in de polisvoorwaarden van schadeverzekeringen, waaronder zorgverzekeringen. Dit ingrijpen (volgens CZ: het hanteren van het hinderpaalcriterium zoals door de Hoge Raad ingelezen in artikel 13 Zvw) is alleen toegestaan als aan de drie cumulatieve voorwaarden van artikel 206 Solvabiliteit II is voldaan, te weten:

(i) het hinderpaalcriterium beschermt *het algemeen belang* waarop de zorgverzekering betrekking heeft,

(ii) het hinderpaalcriterium is *noodzakelijk* om dit belang te beschermen en

(iii) het hinderpaalcriterium is *proportioneel* ten opzichte van dit belang.

Het hof is van oordeel dat het hinderpaalcriterium voldoet aan deze voorwaarden. Het algemeen belang is gemoeid met een zorgstelsel waarbij enerzijds zorg voor een ieder betaalbaar moet blijven bij de keuze van de zorgaanbieder van zijn voorkeur, maar waarbij anderzijds de zorgkosten financieerbaar en beheersbaar moeten blijven. Het hinderpaalcriterium zoals dat in artikel 13 Zvw besloten ligt past daarin. Om dit algemeen belang - een niet nader gedefinieerd en ruim begrip - te beschermen is het hinderpaalcriterium nodig, anders zou het de verzekerde feitelijk onmogelijk kunnen worden gemaakt om naar de zorgaanbieder van zijn keuze te gaan. Het voldoet eveneens aan de eis van proportionaliteit, omdat het hinderpaalcriterium zorgverzekeraars niet zozeer beperkt in de wijze waarop zij hun verzekeringsvoorwaarden vorm geven, dat zij daarin onevenredig worden benadeeld.

Wanneer evenwel veronderstellenderwijs met CZ zou worden aangenomen dat het hinderpaalcriterium zoals besloten in artikel 13 Zvw wél in strijd zou zijn met Solvabiliteit II, dan brengt richtlijnconforme interpretatie, anders dan CZ betoogt, niet mee dat daarmee een (verboden) uitleg contra legem wordt gegeven. Deze uitleg dient naar het oordeel van het hof breder te worden getrokken dan alleen de tekst van artikel 13 Zvw en er moet ook acht worden geslagen op de parlementaire geschiedenis bij dit artikel en de interpretatie ervan door de Hoge Raad. Dit alles maakt dat het hinderpaalcriterium onderdeel is gaan uitmaken

van artikel 13 Zvw zodat van een uitleg ‘contra legem’ geen sprake is. Anders dan CZ betoogt, is niet uitsluitend de grammaticale interpretatie van de nationale bepaling maatgevend om te bepalen of die bepaling ruimte laat voor richtlijnconforme interpretatie, maar bij die uitleg dient tevens te worden betrokken de bedoeling van de wetgever zoals die blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van dat artikel. De rechter mag daarbij niet te licht aannemen dat de wetgever heeft beoogd een keuze te maken in strijd met verplichtingen van internationaal en Europees recht (vergl. HR 5 april 2013 inzake *Albron/FNV* (ECLI:NL:HR:2013:BZ1780)). Het hof is van oordeel dat de Hoge Raad in voormeld arrest inzake *CZ/Momentum* blijkbaar acht heeft geslagen op eventuele strijdigheid met deze (voorloper van) richtlijn althans geen reden heeft gezien om tot strijdigheid hiermee te concluderen, nu in dit arrest uitdrukkelijk wordt verwezen naar het Unierecht (waarbij de Hoge Raad heeft gewezen op de onjuiste veronderstelling door de wetgever dat het hinderpaalcriterium uit het Unierecht zou volgen). Grief 1 faalt dan ook.

4.9 Grief 2 heeft betrekking op het uitgangstarief op grond waarvan de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg wordt berekend (de ‘eerste afslag’). Grief 3 ziet op het daarop toe te passen generieke kortingspercentage (de ‘tweede afslag’).

(i) het uitgangstarief

4.10 Partijen twisten in de eerste plaats over het te hanteren uitgangstarief bij het bepalen van vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen. Volgens de Stichting moet het marktconforme tarief als uitgangspunt worden genomen. Dat tarief wordt door de NZA, met verwijzing naar artikel 2.2 lid 2 onder b Besluit zorgverzekering gedefinieerd als: ‘de kosten die in de Nederlandse marktomstandigheden redelijkerwijs passend zijn te achten’. Mocht het hof hiervan (net als de rechtbank) niet uitgaan en zal het oordelen dat de vergoeding gerelateerd moet zijn aan de gecontracteerde tarieven, dan zal van CZ verlangd mogen worden dat zij aannemelijk maakt dat die gecontracteerde tarieven marktconform zijn, althans corresponderen met de reële kosten van de daaraan gekoppelde zorgproducten. Zou hier immers een groot gat tussen bestaan, dan kan alleen al daarom, bij de ‘eerste afslag’, een fors bedrag voor rekening van de patiënt komen, nog voordat er daadwerkelijk een extra kortingspercentage (de ‘tweede afslag’) is toegepast. CZ daarentegen stelt zich op het standpunt dat, zoals ook blijkt uit het *Conductore*-arrest, het binnen de vrijheid van de zorgverzekeraar valt om te kiezen voor het gewogen, dan wel het ongewogen gemiddeld gecontracteerde tarief als uitgangstarief.

4.11 Met de rechtbank is het hof van oordeel dat CZ het gemiddeld gecontracteerde tarief als uitgangspunt mag nemen bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen. Uit de door de rechtbank in rov. 5.27 en 5.28 geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis leidt ook het hof af dat de wetgever een nadrukkelijk verband legt met de kosten van gecontracteerde zorg, wat aansluit bij het natura karakter van de polis. (bijv. ‘*Gevolg daarvan is echter wel, dat hij (de verzekerde, toevoeging hof) er rekening mee moet houden dat slechts een deel van de rekening wordt vergoed. Hoe hoog dat deel is, wordt door de zorgverzekeraar bepaald en in de zorgpolis weergegeven. (...) Indien voor de desbetreffende vorm van zorg geen Wtg-<<punttarief>> geldt, kan daarbij bijvoorbeeld worden uitgegaan van de gemiddelde prijs die de zorgverzekeraar voor de desbetreffende vorm van zorg aan wél door hem gecontracteerde aanbieders vergoedt, of van de prijs die hij vergoedt aan de wel door hem gecontracteerde zorgaanbieder die het dichtst bij de verzekerde is gevestigd[e]. Geldt een Wtg-punttarief, dan is dat tarief bepalend.*

Het is derhalve aan iedere individuele verzekeraar om te bepalen welke bedragen hij aan een verzekerde die ondanks zijn zorgpolis naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder gaat, vergoedt', Nota naar aanleiding van het verslag betreffende de Zvw, Kamerstukken II 2003-2004, 29 763, nr.7, p. 98).

De zorgverzekeraars (zoals in dit geval CZ) hoeven van de wetgever dus niet meer te vergoeden dan het bedrag van de kosten voor gecontracteerde zorg, waarbij het hen bovendien wordt toegestaan om zich te compenseren voor extra kosten vanwege het inroepen van niet-gecontracteerde zorg. Ook naar het oordeel van het hof mogen zorgverzekeraars bij het bepalen van de vergoeding daarom minimaal de kosten van gecontracteerde zorg tot uitgangspunt nemen. Het staat hen vrij om een hoger uitgangstarief te hanteren, bijvoorbeeld om zich in de markt te onderscheiden, maar daartoe zijn zij niet verplicht. Daaruit volgt ook dat zorgverzekeraars (zoals hier CZ), anders dan de Stichting heeft betoogd, niet gehouden zijn om het feitelijk gehanteerde tarief als uitgangspunt te hanteren.

Ook voor de vervolgvraag, of het dan om een gewogen of een ongewogen gemiddeld tarief zou moeten gaan, sluit het hof zich bij het antwoord daarop aan bij het oordeel van de rechtbank (in rov. 5.31). Het hof is ook van oordeel dat een gewogen (in plaats van een ongewogen) gemiddelde van het daadwerkelijk gedeclareerde tarief voor een bepaalde zorgvorm, een realistisch beeld geeft van de kosten van de voor die zorgvorm gecontracteerde zorg. Daarbij zijn de uitschieters naar boven en naar beneden immers uitgevlakt. De wetgever heeft dit ook uitdrukkelijk als mogelijk uitgangstarief genoemd (naast het tarief van de dichtstbijzijnde zorgaanbieder). Als het ongewogen gemiddeld gecontracteerde tarief tot uitgangspunt zou worden genomen, zou de vergoeding losgezongen kunnen raken van de daadwerkelijke kosten voor gecontracteerde zorg, hetgeen uitdrukkelijk niet de bedoeling van de wetgever is geweest.

Dit betekent dat grief 2 faalt.

(ii) generiek kortingspercentage

4.12 Vervolgens moet de vraag worden beantwoord of het CZ is toegestaan om een generiek kortingspercentage - het hof begrijpt: onafhankelijk van het type zorg en onafhankelijk van de daarbij behorende zorgkosten - op het uitgangstarief toe te passen.

4.13 Het hof beantwoordt deze vraag ontkennend. Daartoe geldt het volgende.

4.14 Op grond van artikel 13 lid 1 Zvw mag een verzekerde met een naturaverzekering zich ook voor zorg wenden tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. In zo'n geval heeft hij 'recht op een door de zorgverzekeraar te bepalen vergoeding van de voor deze zorg of dienst gemaakte kosten'. In de memorie van toelichting bij de Zorgverzekeringswet is bepaald dat zorgverzekeraars een korting mogen hanteren indien verzekerden ervoor kiezen om naar een niet-gecontracteerde zorgaanbieder te gaan, maar dat die korting niet zodanig hoog mag zijn dat die een feitelijke hinderpaal vormt voor het inroepen van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder':

'De Zorgverzekeringswet biedt zorgverzekeraars de gelegenheid om in de zorgverzekeringsovereenkomst met hun verzekerden te bepalen dat die voor het verkrijgen van de zorg in beginsel uitsluitend gebruik mogen maken van de gecontracteerde zorgaanbieders. (...) Verzekerden die hebben gekozen voor een zorgverzekering waarbij zij hun zorgverzekering bij gecontracteerde zorgaanbieders moeten inroepen, hebben de mogelijkheid toch te kiezen voor het inroepen van zorg bij een niet-gecontracteerde zorgaanbieder. (...) Omdat de verzekerden daarmee een administratieve last veroorzaken voor hun zorgverzekeraar, die immers de noodzakelijke zorgverzekering in beginsel al had

ingekocht, zullen zij niet het volledige bedrag dat de zorgaanbieder in rekening brengt, gerestitueerd krijgen. De precieze vormgeving van die korting wordt overgelaten aan de zorgverzekeraar. De omvang ervan mag op grond van de overwegingen van het Europese Hof van Justitie (...) niet zodanig groot zijn dat die een feitelijke hinderpaal vormt voor het invoeren van zorg bij een (...) niet-gecontracteerde (buitenlandse) zorgaanbieder' (Kamerstukken II, 2003-2004, 29 763, nr. 3, p. 30-31).

4.15 Dat de hoogte van de vergoeding niet mag leiden tot een feitelijke hinderpaal is door de Hoge Raad bevestigd in het arrest *CZ/ Momentum* (HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646). De Hoge Raad heeft in dit arrest niet geoordeeld dat een generiek kortingspercentage is toegestaan, maar wel dat in dit specifieke geval het oordeel van het hof dat een vergoeding van 75-80% geen feitelijke hinderpaal oplevert niet onbegrijpelijk is. De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 7 juni 2019, ECLI:NL:HR:2019:853 (*Conductore B.V./ Zilveren Kruis Achmea c.s.*) een nadere uitleg gegeven over het hinderpaalcriterium in relatie tot de vergoeding door verzekeraars van niet-gecontracteerde zorg (artikel 13 Zvw). Daarbij overweegt de Hoge Raad allereerst dat artikel 13 Zvw en de totstandkomingsgeschiedenis geen steun bieden voor de opvatting dat een zorgverzekeraar de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg slechts mag verminderen met de (gemiddelde) extra (administratie)kosten die zijn gemoeid met de afwikkeling van de niet-gecontracteerde zorg in kwestie. Deze opvatting zou volgens de Hoge Raad ook afbreuk doen aan het door de wetgever gewenste stelsel van naturapolissen met een onderscheid tussen wel en niet-gecontracteerde zorg, en aan de daarmee verband houdende regierol van de zorgverzekeraars bij de inkoop van zorg teneinde de kosten van de gezondheidszorg te beheersen. Aanvaarding van die opvatting zou immers meebrengen dat ook bij gebruik van niet-gecontracteerde zorg in feite recht bestaat op een nagenoeg volledige vergoeding (rov. 3.1.3), aldus de Hoge Raad.

Volgens het hof kan uit de memorie van toelichting op de Zvw (Kamerstukken II 2003-2004, 29 763, nr. 3) worden afgeleid dat naast de extra administratiekosten bij het afwickelen van declaraties van de individuele keuzes een generiek kortingspercentage ook wordt gerechtvaardigd door de (verloren) bijdrage aan de efficiënte zorgverlening en het prijsvoordeel dat bij zorginkoop, anders dan bij een 'losse verkoop', teniet gaat. Vervolgens overweegt de Hoge Raad in zijn arrest van 7 juni 2019 dat, na eerst vooropgesteld te hebben dat voornoemd artikel 13 Zvw en de totstandkomingsgeschiedenis evenmin steun bieden voor de opvatting dat het hinderpaalcriterium zich in algemene zin verzet tegen een generiek kortingspercentage:

"Of en in hoeverre het hinderpaalcriterium zich in bepaalde gevallen verzet tegen een generieke korting slechts kan worden bepaald aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa." (rov. 3.1.4).

4.16 Volgens CZ is een generieke korting toegestaan, die voor meerdere (of alle) vormen van niet-gecontracteerde zorg gelijk is. Zij wijst hiervoor naar de door haar genoemde parlementaire geschiedenis en het *Conductore*-arrest. De enige 'buitengrens' die de Hoge Raad aan de vrijheid van de zorgverzekeraar stelt is het hinderpaalcriterium: de vergoeding mag niet zodanig laag zijn dat deze daardoor voor de verzekerde een feitelijke hinderpaal zou vormen om zich tot een niet-gecontracteerde zorgaanbieder van zijn keuze te wenden. De vraag óf hiervan sprake is, moet volgens CZ aan de hand van concrete feiten en omstandigheden van een specifiek geval worden bepaald en kan dus niet in abstracto worden aangenomen.

4.17 Het hof verwerpt dit betoog. Het antwoord op de vraag of het door de zorgverzekeraar

(in dit geval CZ) gehanteerde generieke kortingspercentage in strijd is met het hinderpaalcriterium, kan niet in zijn algemeenheid worden beantwoord. Evenmin kan het hof een toelaatbare onder- en bovengrens geven. Of sprake is van een feitelijke hinderpaal zal vooral afhangen van de hoogte van de kosten van de zorg. Een korting van 20-25% op een (eenmalige) rekening van € 800,- bij een kleine en goedkope ingreep zal in het algemeen geen hinderpaal hoeven op te leveren, maar op een rekening van € 50.000,- bij een complexe en dure operatie kan dit wel het geval zijn. Dit betekent echter niet dat per individueel geval bepaald zal moeten worden of sprake is van een hinderpaal. Bij de vraag of een generiek kortingspercentage een feitelijke hinderpaal voor het invoeren van niet-gecontracteerde zorg oplevert, moet immers worden uitgegaan van de gemiddelde ('modale') zorggebruiker, zoals de Hoge Raad ook in het Conductore/ Zilveren Kruis Achmea- arrest heeft bepaald (rov. 3.3.2). Omdat een generiek kortingspercentage bij in ieder geval de duurdere en/of duurste vormen van zorg een hinderpaal kan opleveren, is het gebruik ervan niet fijnmazig genoeg. Zorgverzekeraars (in dit geval CZ) zouden een vergoedingssystematiek kunnen ontwikkelen per soort en per omvang van de ondergane zorg die enerzijds de vrije artskeuze beschermt en anderzijds recht doet aan de regierol die de wetgever aan de zorgverzekeraars heeft gegeven om onder andere kostenbeheersing te bevorderen.

Het arrest van de Hoge Raad inzake Conductore/ Zilveren Kruis Achmea c.s., in het bijzonder rov. 3.1.4 ('concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa') dient volgens het hof dan ook in die zin gelezen te worden. Of een generiek kortingspercentage in een bepaald geval in de weg staat aan het hinderpaalcriterium hangt af van de vraag om welke vorm van zorg het gaat en de kosten die daarmee gemoeid zijn. Als gezegd kan een kortingspercentage van 25%-35% zoals door CZ wordt gehanteerd bij een dure vorm van zorg wel en bij een goedkope vorm ervan geen hinderpaal opleveren voor een verzekerde om naar de zorgaanbieder van zijn keuze te gaan. Anders dan CZ betoogt zien de 'concrete feiten en omstandigheden' dus niet op individuele gevallen (het 'per verzekerde in kwestie'- criterium) maar op de aan orde zijnde zorgvorm/type en de daaraan gerelateerde zorgkosten.

Dit betekent dat grief 3 faalt.

4.18 In het voorgaande ligt besloten dat ook grief 5 faalt.

4.19 Het principaal beroep is tevergeefs voorgesteld. CZ zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

5. De beoordeling van het incidenteel hoger beroep en de vordering

5.1 De Stichting heeft, met het oog op het wijzen van het arrest Conductore/ Zilveren Kruis Achmea c.s., haar eis aangepast.

5.2 Grief 1 heeft betrekking op het uitgangstarief (de 'eerste afslag'). Volgens de Stichting moet als uitgangstarief worden genomen het marktconforme tarief in de zin van artikel 2.2 tweede lid onder b van het Bzv (Besluit ziektekostenverzekering) waarmee zij de werkelijke kosten bedoelt, zoals zij ter zitting heeft toegelicht.

De grief faalt. Als een niet-gecontracteerde zorgaanbieder de werkelijke kosten vergoed zou krijgen, dan zou dit niet stroken met de systematiek van de Zvw (zie ook rov. 3.3.2 van het arrest Conductore/ Zilveren Kruis Achmea waarin de Hoge Raad heeft geoordeeld dat het uitgangspunt van het stelsel van de Zvw is dat het niet volledig vergoeden van niet-gecontracteerde zorg als prikkel dient voor iedere zorggebruiker om gebruik te maken van

gecontracteerde zorg), de bestendige jurisprudentie hierover (bijvoorbeeld HR 11 juli 2014, ECLI:NL:HR:2014:1646 CZ/*Momentum* en de lagere rechtspraak waaronder het arrest van dit hof van 28 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:710) en de door de wetgever aan zorgverzekeraars toebedeelde regierol om de kosten te beheersen. Het door de Stichting gewenste uitgangspunt van het feitelijk gehanteerde tarief voor niet-gecontracteerde zorgaanbieders zou leiden tot een ongerechtvaardigd onderscheid tussen zorgaanbieders. Niet-gecontracteerde zorgaanbieders zouden dan bevoordeeld worden boven gecontracteerde zorgaanbieders voor wie het gemiddeld gecontracteerde tarief geldt. Bovendien zou het voor zorgaanbieders aantrekkelijker worden om geen contract met zorgverzekeraars te sluiten. Zoals in het principaal hoger beroep is overwogen, mogen zorgverzekeraars van het gewogen gemiddeld gecontracteerde tarief uitgaan.

5.3 De Stichting voert in grief 2 aan dat dit tarief betrekkelijk willekeurig tot stand komt en niet altijd realistisch is. Zij vordert dan ook - in grief 4 - dat de zorgverzekeraar (in dit geval CZ) bewijs dient te leveren van de juistheid van de door haar gepresenteerde tarieven. Het betoog faalt omdat er geen rechtsplicht bestaat voor een dergelijke algemene informatieplicht/bewijsplicht. Artikel 13 Zvw biedt hiervoor althans geen grondslag. Een andere grondslag is gesteld noch gebleken. Dit laat onverlet dat die plicht er wel kan zijn in een individuele zaak, als daartoe een concreet verzoek wordt gedaan. Ook grief 2 faalt dus.

5.4 Gelet op deze uitkomst is ook grief 3 tevergeefs voorgesteld.

5.5 Grief 4 heeft betrekking op de gewijzigde eis. De vorderingen zoals die door de Stichting onder A. en D. zijn geformuleerd kunnen niet worden toegewezen omdat, als hierboven geoordeeld, geen rechtsplicht bestaat voor een dergelijke algemene informatieplicht/bewijsplicht.

De vordering onder B kan evenmin worden toegewezen omdat, zoals hierboven overwogen, het hinderpaalcriterium zich *niet in algemene zin* verzet tegen een generiek kortingspercentage, maar dat het hanteren van een dergelijke korting wel een feitelijke hinderpaal voor de verzekerde kan opleveren bij bepaalde vormen van ondergane zorg (de duurdere/duurste). Dit brengt mee dat ook de vordering onder C - met haar 'negatieve' vooropstelling dat zorgverzekeraars geen generiek kortingspercentage mogen hanteren - niet kan worden toegewezen.

De vordering onder E (het eerste deel van de zin: 'Voor recht verklaart dat het meewegen van hardheidsclausules en coulanceregelingen bij de beoordeling van de hinderpaaltoets ex artikel 13 Zvw in strijd is met artikel 13 lid 4 Zorgverzekeringswet') kan niet worden toegewezen omdat artikel 13 lid 4 Zvw bepaalt dat de wijze van berekenen niet afhankelijk mag worden gemaakt van specifieke kenmerken van verzekerden ('*de wijze waarop de vergoeding wordt berekend is voor alle verzekerden, bedoeld in het eerste lid, die in een zelfde situatie een zelfde vorm van zorg of dienst behoeven, gelijk*'). Het gaat hier om een verboden onderscheid op bijvoorbeeld leeftijd, geslacht of gezondheid. De vraag of het meewegen van hardheidsclausules/coulanceregelingen een rol mag spelen bij het hinderpaalcriterium betreft een andere kwestie en heeft niets van doen met artikel 13 lid 4 Zvw.

In het tweede deel van de zin vraagt de Stichting, zo begrijpt het hof, een verklaring voor recht dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt ex artikel 13 Zvw niet op hardheidsclausules/coulanceregelingen kunnen beroepen.

Anders dan CZ betoogt, speelt het al dan niet hebben van een hardheidsclausule/ het kwijtschelden van het niet-vergoede gedeelte niet mee in de vraag of sprake is van een

hinderpaal. Het ijkmoment voor het antwoord op die vraag is het moment van kennisneming van de polisvoorwaarden en niet het moment waarop de verzekerde daadwerkelijk met een kortingspercentage op zijn rekening wordt geconfronteerd. Bij de beoordeling van het hinderpaalcriterium kan dus geen betekenis worden toegekend aan de vraag of een individuele zorgaanbieder feitelijk wel of niet de door de zorgverzekeraar toegepaste korting voor zijn rekening neemt. Bovendien belast dit de verzekerde met een initiatief waarvan de onzekere uitkomst is overgelaten aan de verzekeraar (aldus dit hof in het arrest van 3 september 2019 (ECLI:NL:GHARL:2019:7109, Forte GGZ/ De Friesland). Dit betekent dat de gevraagde verklaring voor recht dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt ex artikel 13 Zvw niet op hardheidsclausules/coulanceregelingen kunnen beroepen, zal worden toegewezen.

5.6 Het hof gaat aan het door de Stichting in randnummer 13.1 gedane bewijsaanbod voorbij omdat de daarin vermelde feiten en omstandigheden die zij ten bewijze heeft aangeboden, indien bewezen, niet tot een andere uitkomst van deze procedure kunnen leiden.

5.7 De Stichting zal als de overwegend in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld.

6. Eindconclusie in het principaal en in het incidenteel hoger beroep

Gelet op de wijze waarop de onderhavige procedure is ingestoken, kan het hof net als de rechtbank niet meer dan een algemeen kader geven voor de wijze waarop een kortingspercentage zou kunnen worden bepaald, zodat geen sprake is van een hinderpaal in de zin van artikel 13 Zvw. Het is niet aan het hof om één algemeen kortingspercentage te bepalen. Bovendien ligt in deze procedure - in tegenstelling tot eerder gevoerde procedures waarin het hinderpaalcriterium aan de orde was - geen geschil over de vergoeding van een concrete vorm van niet-gecontracteerde zorg voor. Het hof kan alleen achteraf in een individuele zaak beoordelen of een zorgverzekeraar in de gegeven omstandigheden in redelijkheid het desbetreffende kortingspercentage heeft kunnen hanteren.

7. De beslissing

Het hof, recht doende in het principaal en in het incidenteel hoger beroep:

principaal hoger beroep:

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank Gelderland van 1 februari 2019;

veroordeelt CZ in de kosten van het principaal hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van de Stichting vastgesteld op € 741,- voor griffierecht en op € 2.148,- (2 punten x tarief II) voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

incidenteel hoger beroep:

verklaart voor recht dat zorgverzekeraars zich bij wege van verweer tegen een hinderpaalverwijt ex artikel 13 Zvw niet op hardheidsclausules/coulanceregelingen kunnen beroepen;

verwerpt het beroep voor het overige;

veroordeelt de Stichting in de kosten van het incidenteel hoger beroep, tot aan deze uitspraak aan de zijde van CZ vastgesteld op € 537,- (1/2 punt x tarief II) voor salaris overeenkomstig het liquidatietarief;

in het principaal en in het incidenteel hoger beroep:

verklaart het arrest ten aanzien van de proceskostenveroordelingen uitvoerbaar bij voorraad.

Dit arrest is gewezen door mrs. A.A. van Rossum, M.F.J.N. van Osch en S.C.P. Giesen en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 6 oktober 2020.



Uitgegeven voor grosse
op 6-10-2020
voor de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden