

arrest

IN NAAM VAN DE KONING

GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN

locatie Arnhem

afdeling civiel recht, handel

zaaknummer gerechtshof 200.259.906

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

arrest van 6 oktober 2020

in de zaak van

1. de naamloze vennootschap **VGZ Zorgverzekeraar N.V.**,
gevestigd te Arnhem,
2. de naamloze vennootschap **Menzis Zorgverzekeraar N.V.**,
gevestigd te Wageningen,
appellanten in het principaal hoger beroep,
geïntimeerden in het incidenteel hoger beroep,
in eerste aanleg: verweersters,
hierna: in enkelvoud VGZ/Menzis, dan wel VGZ,
advocaat: mr. J.J. Rijken,

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 plaatsgevonden. Hierbij is akte verleend van de stukken (de producties 6 en 7) die van de zijde van de Stichting bij bericht van 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 VGZ/Menzis (met Zilveren Kruis gecombineerde) 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 artsenkeuze voor patiënten;
- b. het aangaan van gerechtelijke procedures namens deelnemers inzake het realiseren van de handhaving van de vrije artsenkeuze en/of het verhalen van schade ontstaan door het opheffen van de vrije artsenkeuze;
- c. het verrichten van alle verdere handelingen, die met het vorenstaande in de ruimste zin verband houden of daartoe bevorderlijk kunnen zijn.

2.2 VGZ en Menzis zijn zorgverzekeraars als bedoeld in artikel 1, aanhef en onder b, van de Zorgverzekeringswet (Zvw). VGZ biedt zorgverzekeringen aan onder de labels 'VGZ' en 'Bewuzt'. Het label 'VGZ' kent een restitutiepolis en een naturapolis. Het label 'Bewuzt' kent alleen een naturapolis. Bij de naturapolis van het label VGZ wordt bij niet-gecontracteerde zorg 80% vergoed en bij die van het label Bewuzt 70%. Menzis is actief met de labels 'Menzis' (bestaande uit twee naturapolissen en één restitutiepolis) en 'Hema Zorgverzekering' (een combinatiepolis). Bij de naturapolissen wordt bij niet-gecontracteerde zorg 65% resp. 75% vergoed en bij de combinatiepolis 75%.

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.

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 VGZ/Menzis ook CZ en Zilveren Kruis, zie de arresten op dezelfde dag geweest ten aanzien van deze andere zorgverzekeraars onder zaaknummers 200.259.907 resp. 200.255.894) 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 subsidiair* 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 inroepen van die niet-gecontracteerde zorg en *subsidiair* 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 (als verwerende partijen), terwijl Zilveren Kruis in die hoofdzaak is tussengekomen.

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 naturapolis 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 VGZ en Menzis als gezegd een generiek kortingspercentage van variërend 25% tot 35% in hun naturapolissen hanteren).

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 VGZ/Menzis is onder aanvoering van twaalf grieven, die zich deels voor gezamenlijke behandeling lenen, tegen het oordeel van de rechtbank in hoger beroep gekomen.

4.2 Bij behandeling van grief 1 heeft VGZ/Menzis geen belang, nu het hof de feiten (in het bijzonder 2.2. waarop de grief ziet) opnieuw heeft vastgesteld.

ontvankelijkheid Stichting

4.3 Met grief 2 voert VGZ/Menzis 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.

4.4 De vorderingen van de Stichting zijn ingesteld bij wege van een collectieve actie ex artikel 3:305a BW. VGZ/Menzis 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 VGZ/Menzis aanvoert, verzet de aard van de betrokken belangen zich niet tegen bundeling omdat 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 (zie hierover rov. 4.13). De belangen die zij behartigt zijn voldoende gelijksoortig om in een collectieve actie te worden gebundeld.

4.5 De Stichting heeft, over de boeg van de zorgaanbieders maar naar het oordeel van het hof mede ten behoeve van de 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 VGZ/Menzis 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).

4.6 Grief 2 is dus tevergeefs voorgesteld.

4.7 Met grief 3 komt VGZ/Menzis op tegen het oordeel van de rechtbank dat het hinderpaalcriterium besloten ligt in artikel 13 Zvw. Zij voert daartoe 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, mede als gevolg waarvan ook de totale zorgkosten zijn toegenomen. 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. Als een dergelijke prikkel ontbreekt, dan zullen de zorgkosten alleen maar toenemen.

4.8 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 VGZ/Menzis genoemde redenen waarom het hinderpaalcriterium niet langer houdbaar zou zijn - wat er ook van die redenen zij - geen grond om dit uitgangspunt te verlaten. Grief 3 faalt dan ook.

4.9 Vervolgens dient de vraag te worden beantwoord of het hinderpaalcriterium, zoals dat besloten ligt in artikel 13 Zvw, in strijd is met artikel 206 van de richtlijn Solvabiliteit II (hierna ook: Solvabiliteit II), zoals VGZ/Menzis in grief 4 aanvoert en of deze strijdigheid met richtlijnconforme interpretatie kan worden opgeheven. VGZ/Menzis 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. VGZ/Menzis beantwoordt bovenstaande vraag ontkennend en voert hiervoor het volgende aan.

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 en dat dit noodzakelijk is om dat belang te beschermen en proportioneel ten opzichte van dat belang. Aan geen van deze voorwaarden is voldaan, zodat voormeld ingrijpen niet toelaatbaar is. Richtlijnconforme interpretatie kan deze strijdigheid niet opheffen omdat dit beginsel niet kan dienen als grondslag voor een contra legem uitleg van het nationale recht. Daarvan is hier sprake omdat het hinderpaalcriterium niet blijkt uit de tekst van artikel 13 Zvw, maar uitsluitend kan worden afgeleid uit de parlementaire behandeling van die 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 VGZ/Menzis, daarbij verwijzend naar jurisprudentie van het hof van Justitie en de Hoge Raad waaruit volgens haar volgt dat uitsluitend de grammaticale interpretatie van de nationale bepaling maatgevend is om te bepalen of die bepaling ruimte laat voor richtlijnconforme interpretatie.

4.10 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 VGZ/Menzis: 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 VGZ/Menzis zou worden aangenomen dat het hinderpaalcriterium zoals besloten in artikel 13 Zvw wél in strijd zijn met Solvabiliteit II, dan brengt richtlijnconforme interpretatie, anders dan VGZ/Menzis 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 moet er 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 VGZ/Menzis 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 4 faalt dan ook.

4.11 Met de grieven 5, 6, 7, 8 en 9 komt VGZ/Menzis in wezen op tegen de volgens haar ten onrechte door de rechtbank gehanteerde twee beperkingen op haar contractsvrijheid bij het bepalen van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg. Het betoog over de eerste beperking - de feitelijke hinderpaal die volgens VGZ/Menzis niet meer in artikel 13 Zvw besloten ligt dan wel in strijd is met de richtlijn Solvabiliteit II - is hierboven in rov. 4.8 en 4.9 behandeld en afgewezen. Voor de tweede beperking - de zorgverzekeraars moeten 'minimaal de kosten van gecontracteerde zorg tot uitgangspunt nemen' - voert VGZ/Menzis aan dat deze beperking een juridische grondslag ontbeert. In het bijzonder kan, aldus VGZ/Menzis, geen grondslag worden gevonden in de tekst en de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw.

4.12 Zoals het hof in de arresten van de Stichting tegen de andere zorgverzekeraars (Zilveren Kruis 200.255.894 en CZ 200.259.907) heeft overwogen, geldt ook hier dat de Stichting niet in haar betoog zal worden gevolgd dat het marktconforme tarief als uitgangspunt moet worden genomen bij het bepalen van vergoedingen voor niet-gecontracteerde zorg bij naturapolissen. Met de rechtbank is het hof van oordeel dat de zorgverzekeraars het gewogen gemiddeld gecontracteerde tarief als uitgangspunt mogen 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 het hof, met de rechtbank, 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 VGZ/Menzis) 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 invoeren 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.

De grieven 5, 6, 7, 8 en 9 berusten ten aanzien van de door VGZ/Menzis bedoelde tweede beperking dus op een verkeerde lezing van het vonnis van de rechtbank en falen om die reden.

4.13 Met grief 10 voert VGZ/Menzis aan dat de rechtbank ten onrechte uit het hinderpaalcriterium heeft afgeleid dat zorgverzekeraars geen generiek kortingspercentage voor de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg mogen hanteren.

Daartoe bepleit VGZ/Menzis in de eerste plaats dat het hinderpaalcriterium niet langer in artikel 13 Zvw besloten ligt (waaraan het hof zoals uit rov 4.8 en 4.9 volgt is voorbijgegaan) en in de tweede plaats dat dit oordeel van de rechtbank afstuit op rov. 3.1.4 van het arrest *Conductore*. In deze rov. heeft de Hoge Raad het volgende overwogen:

'De tekst van art. 13 lid 1 Zvw en de totstandkomingsgeschiedenis van de Zvw bieden evenmin steun voor de opvatting dat het hinderpaalcriterium zich in algemene zin verzet tegen een generieke korting, zoals de door Achmea c.s. gehanteerde 'vlaktaks' van 25%. Of en in hoeverre het hinderpaalcriterium zich in bepaalde gevallen verzet tegen een generieke korting kan slechts worden bepaald aan de hand van concrete feiten en omstandigheden, waaronder eventuele beleidsregels van de NZa.'

Anders dan VGZ/Menzis naar voren brengt heeft de Hoge Raad niet categorisch geoordeeld dat zorgverzekeraars geen generiek kortingspercentage zouden kunnen hanteren. 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. De door VGZ/Menzis aangehaalde rechtsoverweging van het *Conductore*- arrest dient volgens het hof dan ook in die zin gelezen te worden. Voor een verdere motivering hiervan verwijst het hof naar zijn (op dezelfde datum als dit arrest gewezen) arresten met de zaaknummers 200.259.907 (CZ) en 200.255.894 (Zilveren Kruis).

Deze grief faalt dan ook.

4.14 Gelet op deze stand van zaken zijn ook de grieven 11 en 12 tevergeefs voorgesteld.

4.15 Het principaal beroep is tevergeefs voorgesteld. VGZ/Menzis 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 5 (tevens eiswijziging) - dat de zorgverzekeraar (in dit geval VGZ/Menzis) 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 richt zich tegen de afwijzing van de vordering van de Stichting inhoudende een verklaring voor recht dat het VGZ verboden is bij vergoeding van niet-gecontracteerde zorg ex artikel 13 Zvw onderscheid te maken tussen de vergoeding aan niet-gecontracteerde ziekenhuizen en aan niet-gecontracteerde zelfstandige behandelklinieken (aangeduid als 'ZBC's').

VGZ hanteert als grondslag voor de berekening van de vergoeding voor niet-gecontracteerde zorg het gemiddelde tarief dat zij heeft afgesproken met wél gecontracteerde zorgaanbieders. Voor ZBC's hanteert zij een afwijkende grondslag. De grondslag is niet het gemiddeld tarief onder ziekenhuizen, maar 80% van het gemiddeld tarief onder ziekenhuizen. De reden hiervoor is volgens VGZ dat ZBC's medisch specialistische zorg tegen aanmerkelijk lagere kosten kunnen leveren dan ziekenhuizen. ZBC's hebben namelijk niet dezelfde 24-uurs beschikbaarheidsfunctie als ziekenhuizen en zij hebben een gerichte focus op een beperkt aanbod aan behandelingen.

5.6 Volgens de Stichting blijkt uit de polisvoorwaarden van VGZ dat 70 of 80% vergoed wordt van de 'gemiddelde tarieven, zoals deze voor de betreffende vormen van zorg zijn overeengekomen met de betreffende zorgaanbieders'. VGZ mocht dit onderscheid echter niet maken. Enerzijds omdat zij dan niet conform haar eigen polisvoorwaarden handelt en anderzijds omdat zij geen onderscheid tussen ziekenhuizen en ZBC's mag maken.

5.7 Deze grief faalt. VGZ heeft verwezen naar de - volgens haar van toepassing zijnde - polisvoorwaarden uit haar verzekering 'Ruime Keuze', waarvan de 'Lijst maximale vergoedingen bij niet-gecontracteerde zorgverleners' (productie 11 bij verweerschrift van VGZ/Menzis) deel uitmaakt. Daarin is onder meer opgenomen een kolom voor de vergoeding van niet-gecontracteerde zorg bij ziekenhuizen en een kolom voor 'andere aanbieders van medisch-specialistische zorg', zoals ZBC's. VGZ heeft dus, anders dan de Stichting betoogt, een kenbaar onderscheid gemaakt tussen deze twee zorgaanbieders. Dat onderscheid mocht zij ook maken om de hierboven onder 5.5 door VGZ aangedragen uiteengezette redenen. Bovendien geldt het uitgangpunt dat de zorgverzekeraar een grote mate van vrijheid heeft om de hoogte van de vergoeding te bepalen, als hij daarbij maar niet in strijd handelt met het hinderpaalcriterium. De vraag, zoals de Stichting tenslotte nog opwerpt, of VGZ in de polis mag beloven 70-80% van de gemiddelde tarieven te vergoeden

terwijl zij bij ZBC's 'slechts' 80% van dat percentage vergoedt, ligt in deze procedure niet ter beantwoording aan het hof voor. De Stichting vordert immers een algemene verklaring voor recht (zoals weergegeven in rov. 5.5) zodat het hof aan dit deel van de grief van de Stichting voorbijgaat.

5.8 Grief 5 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 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 VGZ/Menzis betoogt, speelt het al dan niet hebben van een hardheidsclausule/coulanceregeling 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.

De vordering onder F kan niet worden toegewezen, gelet op hetgeen het hof bij de behandeling van grief 4 in het incidenteel beroep heeft overwogen.

Hetzelfde geldt voor de vordering onder G, waarbij verwezen wordt naar hetgeen het hof bij de bespreking van grief 1 in het incidenteel heeft geoordeeld.

5.9 Het hof gaat aan het door de Stichting in randnummer 18.1 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.

5.10 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 VGZ/Menzis 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 VGZ/Menzis 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.



A large, stylized handwritten signature in black ink, likely belonging to the clerk mentioned in the text.

Uitgegeven voor grosse
06-10-2020
door de griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden

A smaller handwritten signature in black ink, likely belonging to the clerk mentioned in the text.